DECISIONES SUPREMI EMINENTISSIMIQUE SENATUS PORTUGALLIAE...

Gabriel Pereira de Castro, Josè Maria Fonseca de Evora, ...

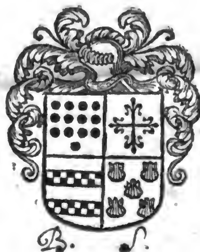


DECISIONES SVPREMI EMINENTISSIMIQVE SENATVS PORTVGALLIÆ EX GRAVISSIMORVM PATRVM RESPONSIS COLLECTÆ.

A D. Gabriele Pereira de Castro, illius Senatore grauaminumque ac appellationum expeditore dignissimo aulæque Regiæ generoso.

Dicatæ Reuerendissimo & Illustrissimo D. Magistro eminentissimo Fratri Antonio de Soto Maior Cæsareæ Maiestatis Philippi vtriusque mundi Monarchæ Confessario dignissimo.

Coll. Rom. Cat. Soc. Jesu Inscript.







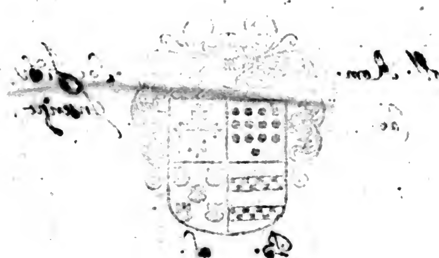
Cum facultate S. Inquisitionis, Ordinarij, & Regis.

VLYSSIPONE.

Apud Petrum Craesbeeck Regij Typographi.
Anno M.DC.XXI.

Conferi estas Decisões do Doctor Gabriel Pereira de Castro com o original, estão conformes, pelo que podem correr. Lisboa nesta casa de S. Roque da Companhia de IESV, 23. de Abril de 621. *Iorge Cabral.*

Taixase este liuro em mil reis. Em Lisboa a 21. de Abril de 1621.
Gama. Moniz. A. Cabral. I. Ferreira. D. Mello.



LICENÇAS.

PRæuidi hunc librum, cuius titulus est, Prima pars decisionum ac rerum iudicatarũ in supremo supplicationis Senatu Lusitaniæ; editum á D. Gabriele Pereira de Castro illius meritissimo Senatore, grauaminumque, & appellationum expeditore; quod fidei aut bonis moribus repugnet nihil continet: multa vero in quibus Authoris ingenium, eruditio & sapientia maxime elucet. Idcirco dignissimũ opus censeo quod in lucem prodeat, ex eo namque magnam vtriusq; iuris prudentes, cunctaque tribunalia sortientur. Eodem etiam velut firmo testimonio compertum erit quo iure, qua vè integritate apud Lusitanos in supremo præsertim Senatu, causarum merita expendantur, ipsarumq; cõtrouersiæ terminentur. Vlyssipone in domo D. Rochi Societatis IESV 1. Ianuarij. Anno 1620.

Doct. Iorge Cabral.

VIsta a informação, podese imprimir este liuro, cujo titulo he: Prima pars decisionum ac rerum iudicatarum, in supremo supplicationis Senatu Regni Lusitaniæ; ja composto polo Desembargadór Gabriel Pereira de Castro, & depois de impresso torne a este Conselho pera se conferir, & dar licença pera correr, & sem isso não correrà. Em Lisboa 7. de Ianeiro de 620.

O Bispo Inquisidor geral.

POdese imprimir estas Decisoẽs. Aos 15. de Ianeiro de 620.

Damião Viegas.

DAõ licença ao Doctor Gabriel Pereira pera imprimir o liuro de Decisoẽs que offrece vistas as licenças que tem do Santo Officio, & Ordinario, & despois de impresso tornarà a esta mesa pera ser taixado, & sem isto não correrà. A 14. de Ianeiro de 620.

F. Vaz Pinto. *I. Ferreira.* *Moniz.* *Gama.* *Antonio Cabral.*

TABVLA ERRORVM QVOS PROPRIÆ inertiæ imperſorum adiunxit incuria quos cum omnes colligere ſperaſſem cratiores tantum notaui ſequenti tabella.

DECISIO 1. Fol. 2. poſſedixit, legito poſſediſſe: & eadē fol. 5. ibi dixit autē, lege autor, & fol. 6. n. 13. acqueſiuit, lege acceſſerit: & ibi linea 17. nobiſcum non argumentum, lege nobiſcum non agunt.

DECISIO 2. Fol. 13. lin. 8. ſuo lege ſeu, & paulo infra verbum ius redundat.

DECISIO 4. Fol. 29. lin. 3. Rege, leg. Regi, & lin. 13. tamen lege tantum, & fol. 35. lin. 40. conſonere, lege, conſonare.

DECISIO 6. Fol. 37. illius capius, lege, illius capitis.

DECISIO 9. Fol. 51. ibi quod requiratur, legito, non requiratur.

DECISIO 12. In principio defecit verbum ancilla, & fol. 63. verbo Alexander, lege vbi Alexander.

DECISIO 15. Fol. 77. ibi dicta l. ſi vnquam redundat illud verbum diſt. fol. 78. nu. 4. lin. 5. redundat verbum rem.

DECISIO 16. Fol. 81. n. 1. ibi vbi ſententiæ, lege non ſententiæ.

DECISIO 19. Fol 97. ab illis verbis imò &c. vſque ad verbū parente debet hac nota ſeu parenteſi claudi. ( )

DECISIO 22. Fol. 109. ibi in hoc grauine, lege grauamine.

DECISIO 25. In fine fol. 128. ibi rito, lege rite.

DECISIO 26. Fol. 131. ibi lege vnquam, legito. l. ſi vnquam, & fol. 132. ibi vtile tamen, lege vtile tantum, & fol. 133. ibi de piacum, lege, de pia cauſa.

DECISIO 30. Fol. 153. n. 10. ibi probatur, lege, principium, & in fine eiuſdem numeri, ibi nu. lege, deciſ. & in fine, ibi tit. 8. lege tit. 48.

DECISIO 31. Fol. 159. ibi parte 4. per, lege principal.

DECISIO 32. Fol. 164. n. 8. ibi Centuria 2 lege Menoch. centuria 2. & n. 12. in fin. ibi ſic confirmiter, lege ſic conformiter.

DECISIO 33. Fol. 176. ibi corrus, lege Crotus.

DECISIO 35. Fol. 186. n. 8. ibi in ſuo forſan, in ſuo foſſam.

DECISIO 37. Fol. 192. ibi quid per ſit, redundat per.

DECISIO 37. Fol. 197. ibi & probat, lege, & probabat.

DECISIO 40. In ſummario n. 5. ibi l. final. C de inſtitoria, legito l. final. ff. de inſtitoria.

DECISIO 43. Fol. 216. n. 4. ibi inſpectus, lege ſuſpectus.

DECISIO 48. Fol. 238. n. 8. ibi celebratus, lege celebratur, & paulo infra ibi abeuedo, lege Azeuedo, & n. 9. ibi dum eſſe, lege dum eſſet, & n. 12. ibi iam delactam matris hæreditatem, ſuppletiam delatam eſſe matris hæreditatem, & n. 14. ibi ff. de inofficioſo teſtamento, lege C. de inofficioſo teſtamento.

DECISIO 49. Fol. 242. n. 5. ibi lata, legito, data.

DECISIO 52. Fol. 260. in ſummario nu. 3. ibi quadrageſima, lege quadraginta, & nu. 3. fol. 254. ibi §. vbi autem, lege §. ſin autem, & n. 15. ibi Pinelus in l. 1. &c. duplicata verba ſunt alterum dele, & n. 18. ibi verſ. 3. lege verſ. 3. ait.

DECISIO 53. Fol. 264. ibi ſe confirmare, lege ſe conformare.

DECISIO 55. Fol. 277. n. 1. in fin. ibi ſicut cætera immobilia, lege ſicut cæterorū immobilium, & n. 4. in fine ibi quia iure, lege quia vere, & n. 9. ibi d. tit. 8. lege tit. 48. & n. 11. ibi eſſe, legito ſe, & n. 16. in fin. ibi citati, lege citat.

DECISIO 67. Fol. 346. in fine, ibi a tenſa de ſeus bēs, lege, a terça de ſeus bens.

DECISIO 70. Fol. 356. ibi l. ſi pecunia ff. de priuilegijs fiſci, lege, l. pecunia C. de priuil. fiſci.

DECISIO 71. Fol. 361. n. 3. ibi l. in iudiciorum, lege, l. ex iudiciorum.

DECISIO 80. Fol. 401. ibi qui n. 235. lege, & n. 235.

DECISIO 81. Fol. 408. n. 3. ibi hæreditatis penoni, lege petitioni.

DECISIO 96. Fol. 467. in sūmario n. 1. ibi victādæ æqualitatis, leg. vitandæ inæqualitatis.

DECISIO 100. Fol. 501. n. 3. ibi ſeu pecuniam exactam, lege, ſeu pecunia exacta.

Reliquos errores legenti emendandos remitto, & bene mecum actum erit, ſi de his tantum hoc opus arguatur, grauiores namque latent quæ ſeueriori indigent cenſura ſapiens iudicabit.

ILLVS-

ILLVSTRISS^MO^. D.

MAGISTRO SAPIENTISSIMO FR. ANTONIO DE SOTO Maior Regiæ Maiestatis Philippi IIII. noui & antiqui orbis Monarchæ Confessario meritissimo.



VM diu, multumque mecum cogitassem, cui potissimum magni nominis viro, aut Mæcenati, primum ingenij mei fætum dicarem, tu (Illustrissime Domine) primus ante oculos occurristi, ea est enim tui nominis amplitudo, ea singularis virtutum tuarum admiratio, is incliti sanguinis tui splendor, ea tuæ eximiæ eruditionis late per vulgata opinio, quæ apud omnes immortali quadam gloria circumfluit, eiusmodi est tuus in litteratos animus, ea in studiosos humanitas, ea inter nos amicitiæ & sanguinis coniunctio, vt Musis ipsis iniuriam facere viderer, si te mearum lucubrationum Mæcenatem, ac patronum, nõ delegissem. Et licet palam animaduerterem, nihil tibi offerri posse, nisi vndique expolitum, tamen mihi facile persuadebam sapientissimo, nil gratius, nil iucundius, dicari, offerri vt posse, quã litteraria hæc munuscula, interim dum tibi reliqui nostri commentarij, imperfecti adhuc, & rudes, expoliuntur, & tanquam informes vrsæ delabuntur. Ergo offeruntur tibi, mei laboris, & priuati, humilisque ingenij vigiliæ, in commune susceptæ commodum, vt meæ imperfectæ decisiones, â te perfectissimo, iterum decidantur, in quibus non tã muneris oblati dignitas, quam offerentis elucet animus, quod munus si â tua dignitate metiaris, paruum, si â meis viribus, mediocre, si ab animo quo offertur, magnum iudicabitur. Faxit Deus vt te nostræ Reip. quã sapientia, splendore, & dignitate illustras, diu conseruet incolumem. Vale. Vlyssipone 5. Septembris 1620.

Gabriel Pereira de Castro.

AD LECTOREM.

Sunt bona, sunt quædam mediocria, sunt mala plura
Quæ legis, atque aliter, non fit amice liber.

GA-

GABRIELI PEREIRA DE CASTRO EX FRATRE NEPOTI charissimo Portugalliæ Senator dignissimo.

S. P. D.



Ecisiones Regij Senatus Lusitani iustum in volumen industria tua compactas, non oscitanter perlegi, eximij nimirum opus ingenij, ac iudicij, hoc est tui. Nam si conferenda sint exempla, nuperos ac recentes scriptores nihil moror Paulos, Celsos, ac Papinianos, cæteros maiorum gentium patres, euocas in certamen: fæliciter quod agis vir vndequaque maxime ac suauissime, liceat mihi te blandius appellare, quo propinquior sum. Patruum me tibi natura fecit, animo & consilio volo tibi patruus esse, vt ait ille magni nominis Poeta. Deinde vt pergas porrò moneo, ne diutius supprimas apud te fecundi cerebri partum fęlici conceptum omine, fæliciori edendum fætura. Patrissas dum libros versas, euoluis, confers, dum aliorum dicta & sententias expendis. Paternum itidem obtine in evulgandis lucubrationibus ad vtilitatem vtique multorum, ad tui nominis ac generis claritudinem; quam à maioribus accepisti nobilitatem rerum bellicarum gloria comparatam, eandem studio literarum, si me audias, promouebis. Immensam equidem proauorum seriem tibi ciere possem; siue Caldas seu vt alij dicunt Caldellas inspicias eiusdem nomenclaturæ oppidi apud Astures, inclyti toparchas, vnde Garcia Rodrigues de Caldas vnà cum Aluaro Rodrigues de Lima, cui sanguine proximus erat, nomen & gentem in Lusitaniam primus inuexit: Si Pereiras emicat illinc Alphonsus ille Pereira apud Alphonsum Quintum Portugalliæ

¶ 4 Regem

Regem summo in honore habitus regalium peristromatum, & aulicæ suppellectilis custos, vt appellant, maximus qui à Roderico Aluarez Pereira qui magni Comestabilis Nonij Aluarez Pereira frater extitit trahit originem vt dicere possis, genus amborum scindit se sanguine ab vno. Castrorum genus ac nomen à clarissimis Comitibus quos de Lemos, dicimus ex persona proaui Vasci Fernandez de Castro apertis riuulis traducimus; quæ leuius præstringere quam accuratius persequi satius duxi, innatæ modestiæ, & animo iactantiæ experti congruentius. Militaribus illi quidem artibus ad gloriam, litterarijs tu, quæ illis affinia, studijs contende. Spartam nactus es hanc exorna, in aciem me authore, me auspice prodibis, authoritatem nusquam diffugiam, scio non de futuros obtrectatores á te futuros doctissimos quosque sat scio. Neque minus scitum illud est vetus, & sapienter dictum, tantundem est placere doctis ac indoctis displicere. Vale.

Paulus Pereira de Castro.

GA.

GABRIELI PEREIRA DE CASTRO REGIO SENATORI CLARISSIMO, LVDOVICVS PEREIRA

de Castro Senator Regius charissimus vt filius frater.

S. P. D.



Os primum edidisse facundi ingenij fætus (renuant, & oblaterent inuidi) decisionum scilicet librum vnum, seu plures in vno, tibi gratulamur. Multi non multum æstimant consultationes ex adiunctis cogere, & præiudicatarum opinionum congeriem adoriri; namque sunt qui turpi fucorum more fauos diglutiunt alienos prope diem in lucem mittendos inciuili fænore. Horum me hercle ignauiam improbamus, verum illos laude, & honore dignos arbitramur qui nõ adeo rerum iudicatarum authoritati blandiuntur quin ex suo multum præstent. Vetus est querimonia consulta senatus, prudentiæ iuris offensum ire, cùm sæpe illis abutentes pragmatici, quæ scita sunt aueant inuestigare non quæ iure, aut dicenda sint, aut decidenda. Equidem id generis homines semper odio habui, insimul, & veterem illam quærimoniam reprehendo; quippe qui propter artificum noxam, artem abominor incusari. Perge igitur vir charissime, & clarissime, & quas successiuis horis Regij Lusitani senatus decisiones coegisti mature à schedis vindica, & in lucem edito, quæ te reprehensionis morsu vacuum, & laudis quæstu reddent opulentissimum. Nec vtique fas est opus eximij plenum iuditij, nempe tui, & solerti compactum ingenio apud te vt supprimas, blatisque ac tineis decertent,

decertent, tot iuris nodi gordianis difficiliores, soluti, tot ænigmata, & non simulatæ philosophiæ arcana subtiliter explicita, totque regiæ ordinationis loca ad sensum iuris mira quadam facilitate explanata restitutaque. Qualis namque ignoti fontis, & abstrusi thesauri vtilitas erit? Me auspice fore vt incalescas spero, & typis continuo mandes coleberrimos illos de manu Regia cōmentarios fælici conceptos omine, & fæliciori actu prodituros, dignos prorsus quibus nullam iacturam temporum iniquitas, nullam perniciem calamitas, nullam obliuionem æternitas afferret. Nec te pæniteat parentem nostrum Franciscum de Caldas Pereira (in quo opera tua mirifice consenescunt) in euulgandis ijs lucubrationibus æmulari quas non degenere aut indecoro stylo perfecisti, sed dißimili argumento; auguror enim omnimodam illius rerum omnium scientiam licet difficile sit imitari, & impoßibile vinci par credere esse à te vno æquari olim posse, ne superari dicere audeam. Sileat vetus prouerbium filij parentum noxæ. Vale ex vrbe Portuensi XVI. Kalend. Augusti 1620.

Tui amantissimus & obseruantissimus frater

Ludouicus Pereira de Castro.

DOM

DOM LVIS LOBO DA SYLVEIRA SENHOR DAS CERZEDAS.

AS armas, estendartes, & pendoẽs
Que forão, & hão de ser semper estimados
Agora hão de ficar, todos postrados
Aos pès destas tão claras decisoẽs.
Que se podem chamar Ordenaçoẽs
Por ter os textos tão facilitados,
Que a quem o Ceo os não tiuera dados
Bem puderão dar armas, & brasoẽs.
Merecem de ficar eternamente
Esculpidas em pedra de alabastro
Para honra, & paz da Portugueza gente.
Pois são jà da grandeza hum certo astro
De quem honrou sua patria juntamente
O sangue de Pereira, & o de Castro.

DOM FRANCISCO ROLLIM Senhor das villas Dazambuja, Montragil, & Marmelar.

DEl camino mas proprio desuiado,
Con que a la roxa Crus sin duda huuieras,
D'arnezes, d'estendartes y vanderas
El inuincible escudo coronado.
Al natural intento encaminado
Seruicios à tu patria consideras:
Que Polos son tambien de las esferas
Que el Imperio del mundo h'an sustentado.
Pluma fuera tu espada, que firmarà
En Bronzes no, mas en la fatal rueda
Protentos de valor, de gloria exemplo:
Y espada hazes la pluma, que no pàra
Hasta aquel firmamento donde queda
Imagen nueua del eterno Templo.

IOAÕ PEREIRA CORTE REAL.

PLuma fue digna de tan alto buelo
Tu pluma ô Gabriel con que bolaste,
Y aun parece que esta pluma hurtaste
Al otro Gabriel Angel del cielo.
Dichoso tu intento, y tu desuelo,
Pues el buelo mas alto atras dexaste,
Y aun al Angel mismo te ygualaste
Nuncio sino, lus si, de todo el suelo.
La imbidia se retira de imbidiarte,
Que fuera comprehenderte en ti defecto
Si bien confiessa tu ingeniosa mano.
En mi fuera defecto el alabarte,
Porque que he de dezir de tu sujeto
Si excedes tanto el sujeto humano.

OTRO.

IVran las Musas, juran de enojarse
De aquestos zelos en que tu las pones,
Trocando en nuevas leys sus canciones,
Iusta culpa, mas no de perdonarse.
Mercurio jura de contigo honrarse
Aunque haga dissencion de decisiones,
Y aunque llore Aganipe sin razones,
O que en sus aguas aya de anegarse.
Dos laureles tu frente estan ciniendo,
O trates de vno, o del otro sujeto,
Dexando siempre imbidiosa el arte:
Pues ora Musas, ora Leys midiendo,
Tanto subes de ti tu mismo objeto
Que es menos verle el todo que la parte.

INDEX



INDEX QVÆSTIONVM QVÆ IN HOC OPERE CONTINENTVR.

DECISIO XIII. Ad Ord. lib. 4. tit. 78. in princ. & §. 7.

An dos à vitrico, & matre promiſſa priuignæ debeat compenſari cum legitima ipſius.

DECISIO XIIII. Ad Ordin. lib. 4. tit. 36. §. 4.

An in cappella nominattonis patre non nominante admittatur filius naturalis excluſo ſubſtituto.

DECISIO XV. Ad Ordin. lib. 4. tit. 13. §. fin.

An ex læſione enormiſſima agi poſſit contra tertium, & vlteriores poſſeſſores.

DECISIO XVI. Ad Ordin. lib. 3. titul. 91. §. 1.

Inter creditores chyrographarios an ſit locus Prælationi.

DECISIO XVII. Ad Ordin. lib. 4. tit. 59.

An datis ſecundis fideiuſſoribus cenſeatur nouata obligatio priorum.

DECISIO XVIII. Ad Ordin. lib. 4. titul. 58.

An addictio facta de bonis maioratus creditori expiret mortuo poſſeſſoris ipſius.

DECISIO XIX. Ad Ord. lib. 3. tit. 47. §. fin. & tit. 63. §. 4.

An pater citari poſſit ad cauſas filij ſine eius conſenſu.

DECISIO XX. Ad Ordin. lib. 4. tit. 59.

An prorogato termino ad ſoluendum debitori expiret fideiuſſoris obligatio.

DE-

Index quæstionum.

¶¶ 3 DECI-

DECI-

DECISIO LVII.

An reditus operibus pijs deputati si debito tempore non impleantur debeant applicari Hospitali Regio huius almæ vrbis.

DECISIO LXVIII. Ad Ord.lib.2.titul.12.§.1.

An eques deauratus poßit consentire in iudicem non suum.

DECISIO LIX. Ad Ord.lib.4.tit. 100.§.2.& lib.2.tit.33.§.1.

An masculus ex fæmina sit præferendus fæminæ ex masculo in pari gradu.

DECISIO LX. Ad Ordin.libr.2. tit.43.

An surreptio in hoc regno sit sufficiens vt talia cxprimantur quæ faciliorem vel difficiliorem redderent concedentem.

DECISIO LXI. Ad Ordinat. lib.4. titul.13. §.7.& lib.5.titul. 126.& libr.4. titul.86.

An tempus à lege aßignatum poßit à iudice restringi vel prorogari.

DECISIO LXII. Ad Ordin. lib.3. titul.25.

An Reus condemnatus possit agere ex sententia in ea parte quæ pro eo facit.

DECISIO LXIII. Ad Ord. lib.4. tit.3.§.1.

An census obligatio extinguatur longo tempore.

DECISIO LXIIII. Ad Ordin.lib.4.tit.48.& §.1.

An mulier petat dotem sibi promissam quando eius pater fuit fideiussor



DECI-

DECI-

DECI-

Index quæstionum.

DECI-

DE-

DECI-

DE-

LAVS DEO.

DECI-



DECISIONES REGII,

ET SVPREMI SENATVS LVSITANIÆ collectæ à D. Gabriele Pereira de Castro illius meritissimo Senatore, & aulæ Regiæ generoso.

SVMMARIA.



Casus præsentis decisionis proponitur in princ.

Qui passus est vt sua donationi modus seu cõditio adijceretur videtur recessisse à prima forma. num. 5.

Creditor emens pignoratam rem videtur à pignore discedere. ibi.

Acceptato nouo titulo receditur à primo. ibi.

Non possunt in eadẽ persona circa eandem rem concurrere duæ causæ diuersæ. ibi.

Per vltimam donationem potest Princeps donationi prius factæ modum adijcere. num. 6.

Regulariter Princeps non reuocat donationes à se factas. ibi.

Quando donatio ex futuris causis incipit esse damnosa potest moderari dummodo alia via seruitiorum æstimatio soluatur. ibi.

In reuocatione Principis causa præsumenda est num. 7.

Quando post primam donationem 40. annorum spatium dellabitur prima donationi præscribitur. nu. 8.

Princeps potest præscribere contra vassalum conditiones quas donationi adiecit. nu. 9.

Quando aliquid conceditur de nouo non dicitur antiqua concessio extincta. n. 10.

In dubio non est præsumendum Principem voluisse donationem à se factam infringere. ibi.

Consensus donatarij sibi non successoribus nocet. ibi.

Bona de Corona Regia quomodo alienari valeant de consensu Regis. nu. 11.

Prohibitio de non alienando non comprehendit dominum. ibi.

Pater praiudicat filijs in emphyteusi cum domini consensu. ibi.

Ad validitatem dispositionis tria requiruntur voluntas dispositio, & modus. nu. 12.

Sub prohibitione alienationis etiã dominus comprehenditur. ibi.

Obligatio commorandi in Regno ex vtraque parte est personalis. nu. 13.

Quæ demonstrationis causa adijciuntur dispositionis non mutant substantiam. ibi.

DECISIO .I.

An conditioni commorandi in Regno positae in donatione Regia paritum sit quando donatarius Curiam Regis Hispaniae sequitur, & ibi habet domicilium, ad Ordinat.lib.2.titul.38.§.1.



Vm magnus ille Princeps fama super aethera notus Rodericus Gomez de Silua per Regiã donationem à proauo suo possedisset Castrum seu terrã de Vlme pro se, & haeredibus, vulgo *de juro & herdade*, seq; inuictissimi Caroli Quinti seruitio addixisset Rex Sebastianus in cuius tempora haec inciderunt quia genus & gentem merito colebat, vt Principẽ, vel saltem eius successores in patriam reuocasset, vt amplioribus beneficijs illum deuinceret, veterem donationẽ confirmans illam nouis titulis & praerogatiuis auxit. Oppidum enim de Vlme, & de Chamusca villarũ nomine, & decore imbuens, cũ omni mero & mixto Imperio d Principi pro se, & successoribus immutabiliter cõcessit, iuxta legis mentalis formã, eo addito vt eius obitu dictae villae seu oppida cũ iurisdictione annexa ad ipsius filium primogenitũ deuenirẽt, qui in Regno Lusitaniae commoraretur, regibusque inseruiret, & in matricula nobilium descriptus esset, quod si intra regni nõ degeret confinia, sequentis filijs locus successioni apperiretur.

Contigit quod labentibus annis hoc Regnum Lusitaniae coronae Hispaniae à qua olim diuisum fuit, vnitum extiterit, mortuoq; d. Principe, villas supradictas possedit eius filius excellentissimus Dux Pastranae, cuius obitu eas eius filius nouissimus Dux pariter occupat, seque legitimum illarũ successorem profitetur, quia cũ huius Regni legitima successio intercepta sit, Imperiumq; in Hispaniam translatũ, se dicit impleuisse Regiae donationis conditiones. Cum Regiae Maiestati Philipi Hispaniarum Monarchae lateri assistat, illique inseruiat, seque descriptũ in libris quibus aulae Regiae generosi describũtur profitetur.

Procurator vero Caesaris instat pro defectu conditionis in donatione vltima insertae, & quod ipse nouus Dux extra regnum commoretur inseruiens chatolicae Maiestati, in cuius persona extra hoc regnum cõditioni paritum

non

nõ est, addens insuper quod dictæ possessiones liberas coronæ demittere tenetur, eo quod nullam hucusque confirmationem obtinuerit iuxta Ordin. lib. 2. tit. 38. § 1.

In qua hæsitatione sequentia dubia pro discussione causæ ventillata fuere.

1. PRimum an illa antiqua donatio facta proauo d. Principis pro se, & successoribus immutata censeri debeat à Rege Sebastiano, per d. clausulas de nouo additas, ita vt non ex antiqua causa, & forma, sed ex noua metiri debeat horũ bonorum successio.

2 Secundum an dict. nouus Dux Pastranæ assistens in Curia inuictissimi Regis Hispaniæ censeatur conditioni commorandi in hoc regno paruisse.

3 Tertium quomodo requiratur confirmatio per successionem in donationibus bonorũ Regiæ coronæ per obitum vltimi possessoris.

4 Circa primum notanda sunt verba quibus Rex Sebastianus d. donationem antiquam villæ de Vlme qua illa terra Francisco da Silua, & eius successoribus & descendentibus hæreditario iure concessa erat, reformauit, & dictam terram de Vlme nomine villæ decorans insimul cum villa da Chamusca dict. Principi concessit quæ sic habent, *E per morte do ditto Francisco da Silua ey por bem & me apraz fazer merce ao ditto Principe de Heboli das dittas villas da Chamusca & Vlme de juro & herdade para elle & seus descendentes, baroẽs legitimos, que delle descenderem por linha masculina, com a iuridição criminal & ciuil mero & mixto imperio, &c. A qual doação quero que se regule, & vse della conforme a ley mental de meus Reynos, & esta merce lhe faço assi cem tal condição & declaração, que por morte do ditto Principe de Heboli, venhão as dittas villas & seus termos cõ a ditta iuridição a hum seu filho legitimo mayor que viua & more nestes Reynos, & com os Reys delles, & estè assentado em seus liuros, & posto que tenha filho mayor legitimo que viua fora delles, que neste caso ey por bem que não succeda o ditto filho mayor, morando fora delles, & succederà o outro filho mayor dos que viuerem em meus Reynos, & estiuerem assentados em meus liuros, & pela mesma ordem, condiçoẽs, & declaraçoẽs succederão os outros descendentes baroẽs legitimos do filho do ditto Principe de Heboli, que nas dittas villas succederẽ cõforme a ley mental.*

5 In hoc primo dubio videbatur quod attento quod Princeps de Heboli passus est, vt prima concessio sibi & successoribus suis facta circa terras de Vlme sine vlla conditione viuendi, vel commorandi in regno, nouis conditionibus à Rege Sebastiano subijceretur, eo ipso ius suum remisit ita vt non antiqua succedendi forma, sed noua attendi debeat, cum de iure sit quod adeptione noui tituli priori censeatur renuntiatum. ex reg. c veniens de præscriptio, ibi priuilegium impetrauit iuri præscriptionis renuntiasse videtur l. Titius. ff. quibus mod. pignus, vel hypoth. solui. vbi creditor emens pignoratam rem dicitur á pignore discedere negum: 3. membr. 6. p. nu. 17. Bart. ad l. cum pater. § libertis ff de leg 2. Mozius de contractib titul. de pignor. sub rub. quomod. resoluatur nu. 2. fol. 307. & quomodo hæc remissio præsumatur late Menoch. præsumpt. 115. lib. 3 nu. 38. & præsumpt. 42. nu. 6 & 18. & præsumptio 135. num. 7. Mascard. conclus. 117. nu. 30. acceptato namque nouo titulo receditur à primo, maxime quando materia subiecta non patitur vt vterq; stare possit, veluti quandò creditor accipit in solutum rem sibi obligatã quia prima omnino extinguitur obligatio, & nõ reuiuiscit, etiãsi postea resoluatur datio in solutũ,

DECISIO .I.

An conditioni commorandi in Regno positæ in donatione Regia paritum sit quando donatarius Curiam Regis Hispaniæ sequitur, & ibi habet domicilium, ad Ordinat.lib.2.titul.38.§.1.



CVm magnus ille Princeps fama super æthera notus Rodericus Gomez de Silua per Regiã donationem à proauo suo possedisset Castrum seu terrã de Vlme pro se, & hæredibus, vulgo *de juro & herdade*, seq; inuictissimi Caroli Quinti seruitio addixisset Rex Sebastianus in cuius tempora hæc inciderunt quia genus & gentem merito colebat, vt Principẽ, vel saltem eius successores in patriam reuocasset, vt amplioribus beneficijs illum deuinceret, veterem donationẽ confirmans illam nouis titulis & prærogatiuis auxit. Oppidum enim de Vlme, & de Chamusca villarũ nomine, & decore imbuens, cũ omni mero & mixto Imperio d Principi pro se, & successoribus immutabiliter cõcessit, iuxta legis mentalis formã, eo addito vt eius obitu dictæ villæ seu oppida cũ iurisdictione annexa ad ipsius filium primogenitũ deueniret, qui in Regno Lusitaniæ commoraretur, regibusque inseruiret, & in matricula nobilium descriptus esset, quod si intra regni nõ degeret confinia, sequentis filijs locus successioni apperiretur.

Contigit quod labentibus annis hoc Regnum Lusitaniæ coronæ Hispaniæ à qua olim diuisum fuit, vnitum exticerit, mortuoq; d. Principe, villas supradictas possedit eius filius excellentissimus Dux Pastranæ, cuius obitu eas eius filius nouissimus Dux pariter occupat, seque legitimum illarũ successorem profitetur, quia cũ huius Regni legitima successio intercepta sit, Imperiumq; in Hispaniam translatũ, se dicit impleuisse Regiæ donationis conditiones. Cum Regiæ Maiestati Philipi Hispaniarum Monarchæ lateri assistat, illique inseruiat, seque descriptũ in libris quibus aulæ Regiæ generosi describũtur profitetur.

Procurator vero Cæsaris instat pro defectu conditionis in donatione vltima insertæ, & quod ipse nouus Dux extra regnum commoretur inseruiens chatolicæ Maiestati, in cuius persona extra hoc regnum cõditioni paritum

non

nõ est, addens insuper quod dictæ possessiones liberas coronæ demittere tenetur, eo quod nullam hucusque confirmationem obtinuerit iuxta Ordin. lib. 2. tit. 38. § 1.

In qua hæsitatione sequentia dubia pro discussione causæ ventillata fuere.

1. PRimum an illa antiqua donatio facta proauo d. Principis pro se, & successoribus immutata censeri debeat à Rege Sebastiano, per d. clausulas de nouo additas, ita vt non ex antiqua causa. & forma, sed ex noua metiri debeat horũ bonorum successio.

2 Secundum an dict. nouus Dux Pastranæ assistens in Curia inuictissimi Regis Hispaniæ, censeatur conditioni commorandi in hoc regno paruisse.

3 Tertium quomodo requiratur confirmatio per successionem in donationibus bonorũ Regiæ coronæ per obitum vltimi possessoris.

4 Circa primum notanda sunt verba quibus Rex Sebastianus d. donationem antiquam villæ de Vlme qua illa terra Francisco da Silua, & eius successoribus & descendentibus hæreditario iure concessa erat, reformauit, & dictam terram de Vlme nomine villæ decorans insimul cum villa da Chamusca dict. Principi concessit quæ sic habent, *E per morte do ditto Francisco da Silua ey por bem & me apraz fazer merce ao ditto Principe de Heboli das dittas villas da Chamusca & Vlme de juro & herdade para elle & seus descendentes, baroẽs legitimos, que delle descenderem por linha masculina, com a iuridição criminal & ciuil mero & mixto imperio, &c. A qual doação quero que se regule, & vse della conforme a ley mental de meus Reynos, & esta merce lhe faço assi cem tal condição & declaração, que por morte do ditto Principe de Heboli, venhão as dittas villas & seus termos cõ a ditta iuridição a hum seu filho legitimo mayor que viua & more nestes Reynos, & com os Reys delles, & estè assentado em seus liuros, & posto que tenha filho mayor legitimo que viua fora delles, que neste caso ey por bem que não succeda o ditto filho mayor, morando fora delles, & succederà o outro filho mayor dos que viuerem em meus Reynos, & estiuerem assentados em meus liuros, & pela mesma ordem, condiçoẽs, & declaraçoẽs succederão os outros descendentes baroẽs legitimos do filho do ditto Principe de Heboli, que nas dittas villas succederẽ cõforme a ley mental.*

5 In hoc primo dubio videbatur quod attento quod Princeps de Heboli passus est, vt prima concessio sibi & successoribus suis facta circa terras de Vlme sine vlla conditione viuendi, vel commorandi in regno, nouis conditionibus à Rege Sebastiano subijceretur, eo ipso ius suum remisit ita vt non antiqua succedendi forma, sed noua attendi debeat, cum de iure sit quod adeptione noui tituli priori censeatur renuntiatum, ex reg. c veniens de præscriptio, ibi priuilegium impetrauit iuri præscriptionis renuntiasse videtur l. Titius. ff. quibus mod. pignus, vel hypoth. solui. vbi creditor emens pignoratam rem dicitur à pignore discedere negum: 3. membr. 6. p. nu. 17. Bart. ad l. cum pater. §. libertis ff de leg 2. Mozius de contractib. titul. de pignor. sub rub. quomod. resoluatur nu. 2. fol. 307. & quomodo hæc remissio præsumatur late Menoch. præsumpt. 115. lib. 3. nu. 38. & præsumpt. 42. nu. 6 & 18. & præsumptio 135. num. 7. Mascard. conclus. 117. nu. 30. acceptato namque nouo titulo receditur à primo, maxime quando materia subiecta non patitur vt vterq; stare possit, veluti quando creditor accipit in solutum rem sibi obligatã quia prima omnino extinguitur obligatio, & nõ reuiuiscit, etiãsi postea resoluatur datio in solutũ,

 perse-

persequutam euictionem.l.eleganter in princip. ff. de pignora actio. Duen. reg.169 Surdus decis.51. num.3. quod indubitanter obtinet si consideremus cum Surd.d.decis.51.num.8.non posse in eadem persona circa eamdem rem concurrere duas causas diuersas. l. si quis ante.ff de acquir. poss. accipiens enim precario rem, quam prius conduxerat, liberatur à conductione,quia quando vna causa superuenit alteram, vltima perimit primam, licet in dubio semper ea interpretatio fieri debeat, vt actus valeat,potiusquā vt pereat, Bart. in l. adeò in princip. ff. de pact. Doctor. in l. pacta nouissima de pact. Alex.cons.193. vol.1. plures citat Neuius in d.l.pacta.

6 Vlterius non est dubitandum per vltimam donationem Regis Sebastiani potuisse primæ donationi à suis prædecessoribus factæ modus adijci,eamque limitari & declarari, nam licet regulariter Princeps nequeat donationem à se factam moderari, ex l. perfecta donatio.C.de donatio quæ sub mod.cuius regula maiori cum ratione in Principe obtinet iuxta regul. cap.1.de donatio, reg.decet libr.6. explicat Bald. in l.vltim. ff. de senator. Palatius in repetit. rub.§.69. num.13. tamen quando ita expedierit,vel quādo donatio ex futuris causis damnum coronæ intulerit, vel aliquid simile emergat,ex quo appareat bono communi conuenire, vt talibus donationibus noua lex imponatur, principi haud dubiè hoc efficere licebit, imó & eas in totum reuocare, licet in remunerationem seruitiorum factæ proponantur, dummodo alia via subdito seruitiorum satisfactio rependatur, post alios Pinel. in l.1. 3.part.num.62. illat.16.C.de bon.mater.late Matiens. l.11.titul.7. gloss.9. num.3. libr.5. pro qua opinione facit. l. qui fundos.C. de fund. patrimon. libr. 11. sicut Rex Henricus limitauit donationes à Petrò factas, vt explicat d. lex d.part.5. titul.7.l.11. & apud nos est Ordinatio Regia libr 2. titul. 35. §. 8. & per tot. Valasc. cons. 132. 2. part. num. 15. Afflict.in cap.1. de successio feud.libr. 1.num.25.Menoch.cons.331.num.101. Peregrin.de iure fisci fol. 42. num.3. Auendan.in l.Taur.40 gloss.2.nu.77. Lucas de Pena in l.quicumque.C.de omni agr.de ser.lib 11.vbi Platea in d. l.qui fundos.Costa de successione regni.1.p nu.6.Cabed.decis.75.2.p.

7 Vnde licet prima donatio facta esset pro se,& heredibus, adhuc principis voluntati subest, vt iustè eam reuocet, cumque à rege Sebastiano prima donatio immutata fuerit, in eius limitatione causa præsumenda est,quæ realiter subsistit, si consideremus quod prima donatio facta fuerat Francisco da Silua,eiusque successoribus,dequibus Reges nō suspicabātur quod essent aliquando extra regnum cōmoraturi, quod cùm postea euenisset, iustissimè Rex Sebastianus cōditionem adiecit, vt illi successores, quos prima donatio vocabat intra regnum viuerent, nòn enim decet vt subditi alieni in regno iurisdictiones habeant, & redditus, cum patriæ nec Regi, quibus omnes hypothecati nascimur, inseruiant.

8 Insuper quia post dictam vltimam donationem Sebastiani Regis tantum temporis effluxit, quod sufficiens erat ad præscribendum primæ donationi,cum per 40. annos reistatus immutari soleat argum. cap. cum de beneficio de præb.lib.6. vnde cum in his bonis Regiæ coronæ contra Principem possit dari præscriptio, si allegato titulo accedat immemorialis possessionis continuatio, quando bona illa ad merum aut mixtum Imperium pertineant, & non sint de reseruatis principi in signum supremæ dignitatis, vt post alios explicat Valasc. de iure emphyt. quæstion. 8. num.30.

num.30. Couar practicar. cap.4 num. 2. Gutierr. in practic. quæst. 84. libr.1. Cabed. decis.41. 2.part. Auiles cap. 1. prætor. gloss.1. num 3. Mattienç. in l.1. titul.10 gloss.10. num.2. libr. 5. & licet idem Valasc. vbi sup & Cabed. sentiant in hoc regno præscriptioni locum non esse in iurisdictionalibus, debet intelligi in casibus in Ordinat. titul. 45. §.10. & fin. expressis, de quo latius dicemus in armonia aduersariorum iuris Regij.

9 Sic ergo pariter & princeps potest præscribere contra vassalum, circa conditiones quas donationi adiecit, vt ex illis censeatur immutatus succedendi ordo, qui per 40. annos mutari potest ex his quæ Cabed. decis. 27. num. 5.

10. Verum placuit in hoc dubio quod supradicta non procedunt in nostro casu in quo constat Regem Sebastianum antiquam donationem auxisse, & insuper iurisdictionem vtriusq; villę de nouo donasse, quo casu præsumendum est conditionem adiectam vt eius successores in regno commorarentur non referendam ad ea quæ iam antea donata erant, sed ad ea quæ in proximo titulo continebãtur, scilicet ad iurisdictionem quæ de nouo tributa fuit, in vtraque villa, quia etiamsi non deficiat in Rege potestas ad suas donationes, & prædecessorum moderandas, id quidem obtinet quando de ipsius mente constat nõ autem in dubio, cum potius præsumendum non sit Regem reuocationem intendisse nisi quando ipse aperte disponat, quia potius censetur factus actus secundum ius commune quã secundum speciale l. in testamento. C. milit. test. Menoch præsumpt. 48. nu 4. Mascar. concl. 1152. nu 3. Surd. decis 322. nu. 33. cum non inconueniat vt quando vassalus cũ regio assensu domicilium in Hispaniam transfert, velècontra, rerum antea possessarũ dominium retineat. Cui resolutioni nõ obstat ipsius Principis Roderici Gomes à Silua cõsensus, quia cum ex antiqua donatione suis prædecessoribus facta ipse d. terrã de Vlme possedisset eius cõsensus sibi non vero successoribus præiudicare potuit, cum ipsi non á dicto Principe acceperint sed à primo concedente, vnde eius alienatio debuit, restringi ad ipsius personam, quasi illam egredi non posset, arg l is cui. § fin. ff. quemadmod. serui amitt l. lex vectigali. ff. de pignor, cap. 1 de inuestit. de re alien. fac. communis ex Afflict. ibi. § quid ergo nu. 3. & quæst. 380. nu. 2. & 3. Capol. de seruit. vrban. c. 14. Boor. q. 181. Menoch. adip. remed. 4. num. 31. Dueñas reg. 40. fal. 10. Chacheran. decis 156 nu. 10. Pinel. in l 1. 3 part nu. 71. Cabed. d. decis. 27. nu. 11. quod verum est etiamsi legitima præscriptio iam completa sit, vt probant Rodericus Xuares allegatione 3. Decius consil. 445. num. 47. Crotus in l. filiusfam ff. de legatis 1. §. Diui nu. 146. Ripa ibid. num. 116. Loazes num. 191. Curt. Iun. consil. 181. num. 5. Paris. consil. 23. nu. 199. lib. 1 Anton Gomes in l. 40. Taur. nu. 90. vers. quod tamen subintellige, & Greg. Lopez in l. 10. titul. 26. part. 4. verbo ni le empece col. 8. cuius sententiæ autem fuit Paulus consil. 467. num. 2. nec obstabit Ordinatio Regia, lib. 2. tit. 35. §. 19. vbi cauetur quod bona regalia alicui concessa pro se, & liberis possunt alienari, de consensu Regis, pariter ergo in præsenti debuit valere ille contractus, etiãsi in eo aliquo modo alienationem consideremus, quia vltra quam quod erat vtilis alienanti, cum magis saperet acquisitionem quam alienationem, quo casu alienantio (lege prohibita) redditur licita, ex Pelaez de maioratu libr. 4. quæst. 1. limit. 1. Socin. Iun. libr. 2. cons. 28. num. 8. habetur in cap. ad aures de rebus eccles. Decius consil. 124. numer. 3. Gomez in cap. fin.

§. si vero de iudic. num. 24. Gomes in l. Taur. 54. nu. 2. Tiraq. ad leges connubial. gloss. 8. à num. 56. Fiebat in super cum ipso Rege prohibitionis de non alienando, & donationis authore cuius persona non comprehenditur in ipsa inuestituræ vel donationis scriptura, imó quod circa alios contrahentes prohibitum est, domino permissum censetur, quia ipse est supra omnes prohibitiones tanquam ipsarum author cuius manus nunquã sibi sed alijs ligare intendit, nec sibi legem imponere, nemo enim ambigit quod in emphyteusi nouiter acquisita pater filijs nocere potest cum domini consensu vt tenuit in emphyteusi empta Pinel. in l. 1. n. 98. vers. hoc autẽ. C. bon mater Valasc. q. 49. n. 7. & in Interamnensi prouincia in noua emphyteusi ita de consuetudine habetur, & super tali consuetudine approbanda sententia lata fuit in processa Archidiaconi de Vermoin cõtra Petrum Vaz scriba Emanuel Aluarez in Portuensi Senatu.

11. Sicut ergo dominus in alienatione cum tertio facienda præiudicare potest, vocatis post primum, sic pariter in sui fauorem consentire, etiã cum vocatorum præiudicio, ne ipse fiat deterioris conditionis quam cæteri contrahentes, ex reg. c. ab exordio 30. distinct. l. si vnus. §. pactus ff. de pact. Cabed. d. decis. 27. nu. 7.

12. Respondetur enim quod licet verum sit quod pater possit præiudicare filijs in his quæ à corona Regia habet, de consensu Regis Ordinat. d. § 19. Cabed decis. 30. 2. part. id tamen obtinet quando constiterit sic nocere voluisse, & reuocare donatum, tria enim ad validitatem dispositionis sunt necessaria voluntas potestas, & modus. l. cum te, vbi Bald. C. de donat. ante nup. l. multum. C. si quis alteri vel sibi, Decius cons. 198. num. 3. Cum igitur in præsenti Rex Sebastianus primam donationem non reuocauerit, de eius voluntate non constat vt voluerit adimere iam antea ex alio titulo donatum, cum nulla reuocandi causa subesset, nec talis reuocatio induci potest, ex eo fundamento quod prohibitio de non alienando nõ compræhendat dominum cum verius sit etiam ipsum dominum sub illa clausula compræhendi, ex his quas Pinel. in l. 1. 3. part C. de bon. mater. num. 58. Tiraq in l. si vnquam verbo donatione num. 194. Menoch. de arbitrar cas. 171. num. 43. nec in nostro casu agitur de noua concessione sed de antiquæ, & ideo sup. dicta iura nobiscum non argumentum.

Secundum dubium habet an excellentissimus Dux Pastranæ, assistens modo in Curia inuictissimi Regis censeatur conditioni paruisse ita vt non solum terras de Vlmæ quas ex antiqua donatione habet, sed & iurisdictionem illarum, & insimul Villã da Chamusca iuste possideat.

13 ET videbatur illustrissimũ Ducem de Pastrana non adstringi vt in hoc regno commorari teneatur quia illa obligatio ex vtraque parte est personalis à persona Ducis cum persona Regis Portugalliæ implenda, quare cum in hoc regno deficiat persona Regis, quia Lusitaniæ maiestatis, & sceptri culmẽ expirauerit, & coronæ Castellæ accessorit iam illa conditio apposita ratione obsequij Regi præstandi expirasse censebitur, cum restrictione ad locum cum naturaliter cum illa persona impleri nequeat in eo loco in quo apposita est, cum Rex alibi commoretur, quo casu ex interpretatione voluntatis disponentis præsumendum est Regem non expressisse regnum taxationis

gratia

gratia seu restrictiue, sed demonstrationis potius, vt Regi in regno inseruiret vt demonstraret locum in quo Reges viuere, & cõmorari consueuerunt, non cogitans de futuris causis quæ extra opinionẽ disponentis euenire potuerunt, quæ enim demonstrationis causa exprimuntur, licet falsa appareant vel deficiant expostfacto dispositionis substantiam non immutant. l. falsa demonstratio. ff. de cond. & demonstr. Molin disput. 211. à princ. Donel. in l. si ita ff de verbor. num. 4. fol. 356. Et eo casu res boni viri arbitrio cõmittitur, vt satis sit per æquipollens impleri, vel etiam possit grauamen in totum remitti. l. mæuia. 13. § vxore ff. de annuis legat. ibi, ideoq; huiusmodi varietatem boni viri arbitrio dirimendam esse, ac proinde morandi cum aliquo conditio, & grauamen, non simpliciter commorari aut sequi grauatum vrget sed ex boni viri arbitratu interpratationem recipit, debet enim res in eodem statu permanere vt conditioni in forma specifica parere oporteat ex Bald. in l. quod seruus ff. condict. ob causam, vbi gloss. notat l. ex facto in princ. ff. de vulgar. & l fin. C. de sponsal prout illa iura expendit Alex. cons. 85. viso themate vers pro hoc etiam libr. 5. plura iura citat D. Franciscus de Caldas Pereira pater meus in consilio pro illustr. Duce de Pastrana num. 6. Cum enim dispositio concepta fuerit à Rege qui sobolem post se, qua Imperium Lusitanum continua posterorũ serie propagandum esse sperabat, expresso vno casu tacite etiam de alio disposuit quando Imperium esset in aliũ Principem translatum, vt similiter cum eo conditio implenda foret, argum. tex. in l. Titius. §. Lucius. ff. de liber. & posthum. vbi natus pro non nato habetur quia idem disposuisset testator si interrogatus foret, & succedit ratio l. si ita scriptum. ff. eod. ibi, ideò ad huiusmodi sententiam æquitate suggerente decursum est tacite enim vna dispositio includitur sub alia etiamsi non exprimatur l. iam hoc iure. ff. de vulgar. Bero. in c. Raynutius nu. 444. & quando duo casus æquiparati sunt quod disponitur in vno in omisso cẽsetur dispositum gloss. communiter recepta in l si quis seruo. C de furtis, sicut alias determinatio respiciens plura determinabilia omnia æqualiter determinat Surdus cons. 31. nu. 15. & cons 45 num. 57 & cons. 67. num. 4. prosequitur D. Caldas Pereira verbo contractum fecisti num. 22 ad l. si curatorem.

14 Pro qua opinione vrget etiam tex. in l. annua ff. annuis legat ibi, annua his verbis legauit si morentur cum matre mea, & quæsitum est an mortua matre conditio apposita defecisse videatur, & respondit sceuola legata deberi. l Cayo 13. § Imperator ff. de alime. Et cibar. legat. l. Titio centum §. Titio centum. 2. ff. de cond. & demonstrat. l. illis libertis eod. ibi si cum filio meo commorati fuerint menstruos denarios centenos, & vestiaria dari volo, & paulo infra ibi Paulus respondit conditionem quidẽ in persona libertorum qui cum filio defuncti morati sunt, aut per quos nõ stetit quominus morarentur mortuo filio testatoris defecisse non videri, prosequitur Menoch lib. 4 præsumpt. 157. num. 52. & de arbitrar. lib. 2. cent. 2. casu 170. Simon de Prætis libr. 1. solut. 6. num. 2. Iosephus Ludouicus decis. 46. num. 9. quare sic mortuo Rege Sebastiano debet cõditio haberi pro impleta cum successore.

15 Verum his non obstantibus placuit excellent. Ducem de Pastrana conditioni morandi in regno nullatenus paruisse nec potuisse morando cum Rege inuictissimo Philippo II in eius Curia satisfacere conditioni supradictæ ex sequentibus.

Primo quia si attendimus ad verba Regæ cōcessionis supra relatæ ex illis colligemus conditionem commorandi fuisse appositam Principi Roderico Gomez da Silua tam respectu Regum Portugalliæ quam respectu Regni, ibi, *que viua & more nestes Reynos, & com os Reys delles, & estè assentado em seus liuros*; vnde cum obligatio personalis respiciat regnum quod nunquam moritur vt de sede Apostolica dicit Pontifex in c. si gratiose de rescript. lib. 6.

Inde fit quod etiamsi Regis Sebastiani proles in Regis solio non adsit, nec Rex qui ipsius personam referat, cum quo dictus nouus Dux Pastranæ moretur, vel cui inseruire possit adhuc non deficit prima conditio viuendi in regno, & ibi morandi in hac enim obligatione duplex considero vinculum, alterum quod regnũ tangit cuius interest tali ciue eiusque prole decorari, alterum quod respicit Regem cuius seruitio non parum ornamenti additur quando illi tanti Principis soboles mancipetur, prima obligatio est perpetua de se ex parte subiecti cui acquiritur, vt in simili Ioã. And. in c. cum accessissent de constitutio num. 21. Felin. nu. 27. Balbus de præscript. 4. part. 4. prin. limit. 4. mortal l. 1. titul. 5. lib. 1. Tapia ad l. fin. ff de constit. princip. quæst. 1. num. 9. Secunda vero temporalis quæ mutationem recipere potest cum sequatur Principis personam ita vt tale seruitium extra regnum exhiberi possit si abesse contingat. Ex quibus licet ex secunda causa posset conditio apposita haberi pro impleta inseruiendi Regi Philippo II. inuictissimo, & sequendo eius Curiam quia vbi Rex est, ibi morandi conditio impletur, vt per D. Caldas Perreira vbi sup. num. 5. D. Didacus de Brito in consilio pro Comite de Salinas quæst. 1. á num. 21. vbi ingeniose & copiose disputat, tamen adhuc in prima causa deficit conditio cui non paret nisi qui in regno moratur, & viuit, ibique domicilium contrahit, quod indubitabile reditur in hoc regno quod licet vnitum sit regno Castellæ per legitimam successionem inuictissimi Philippi II. tamen ipse concessit, & in Comitijs obtinuit vt regnum hoc omnia antiqua iura retineret, ac tempore suorum Regum qui in eo habitabant. quare à primo tempore nihil immutatum reperitur.

16 Secundo quia in obligatione morandi cũ aliquo dupliciter potest dispositio concipi, vel respectu ipsius conditionem implere debentis, & in eius vtilitatem, vel respectu ipsius cũ quo morari oportet, primo casu si cōtingat, vt qui morari cum aliquo debet casu fortuito, vel aliquo accidenti impediatur conditioni parere, illa pro impleta habetur. l. annua. ff. de annuis legat. l. illis libertis. ff. cond. & demõst. secus in secundo quia si contingat cũ eo non morari conditio pro impleta haberi non potest vt exprimit d. l. illis libertis in secundo casu vers. sed si testator, ibi, sed si testator propter filij vtilitatem ijs qui cum eo morati fuissent aliméta præstari voluisset, contra voluntatem defuncti petentes audiri non oportet, videndus Cuiac. libr. 17. obseruat. cap. 21. in fin. Raphael Schiletus in d. l. illis libertis in remission. fol. 3 num. 55. Costa lib. 2. selectarum à num. 4. cap. 19.

Vnde cum in præsenti casu conditio morandi in regno non fuerit apposita in fauorem grauati sed in fauorem Regni, cum Rex maximo affectu, & enixæ voluntatis studio, sobolem d. Principis in regni decorem, & Regiæ aulæ seruitium apeteret, ideo, Dux Pastranæ qui ab illa stirpe legitime descendit, conditionem cōmorandi specifice implere tenetur, domicilium in regno contrahendo & manendo

nendo

nendo in eodem regno cum sede, & domo, vt vere originarius dici possit, nam licet iuxta formam Ordinat. lib. 2. titul. 55. §. 3. qui à patre originario extra regnum prognatus est, exterus habeatur, quamuis aliud esset de iure vt per Dec. cons. 352. num. 2. Barbos in l. heres. § proinde, articul. de loco originis num. 82. & cum eo Gail libr. 2. obseru. 36. num. 9. tamen Rex Sebastianus illam inhabilitatem remisit, admittens descendentes à d. Principe. ac si originarij essent, ad honores & dignitates regni, quæ non, nisi originarijs competunt, l. in ecclesijs. C. de Episcopis & cler. l. 1. C. ne liceat habitant Metro. libr. 11. cap. nullus cap. obitum. 61 dist. cap. bonæ. 2. de postul. prælator. Carolus de Grasal. lib. 2. reg. iure. 8. Rebuff. in praxi titul. de reseruatis à num. 7. & in regul. Chancel. gloss. 1. Mandos. reg. 17. quæst. 39. Cou. practic. cap. 35. de iure Hispano. l. 1. tit. 11. & l. 1. titul. 18. part. 2. verbo de fuera, l. 3. titul. 5. lib 3. recopil. l. 18. titul. 3. lib. 1. & l. 8. titul 7. lib. 7. Ordinat. Duen. reg. 202. Pas in l. 3. Tauri. 3. p. nu. 374. Zeuallos 4. part. quæst. 897. nu. 308. 347. & 426. Bouadil. lib. 2. cap. 18. nu. 208. Azeued. l. 14. libr. 1. titul. 3. nouæ recopilat.

17 Nec sufficiet domicilium habere Lusitaniæ, si aliud habeatur Castellæ, nam licet quis intra idem Imperium duplex domicilium habere possit, non tamen sub diuerso Principe, nec in duobus regnis: quia tunc amittitur prius Gregor. in l. 4. tit. 24. part. 4. vbi gloss. 2. Afflict. decis. 384. num. 5. & 10. Cephalus cons. 246. à nu. 18. Mascard. conclus. 1141. num. 25. Excepta causa matrimonij in quo retento primo domicilium mutatur Bart. in l. senatores. ff. de senator. & in l. cum quædam. ff. de iurisd. num. 2. & interim dum cum vxore maritus residet ibi domicilium habet Ordinat. lib. 2. titul. 56. §. 1. Surdus cons. 483. & 560. quod quidem domicilium contrahitur, cum datur cum rerum mutatione residendi animus, l. domicilium ff. ad municipal. Sanches de matrim. libr. 3. disput. 23. num. 2. Gregor. l. 32. tit. 2. p. 3. verbo natural. decis. Perus. 85. num. 5. & 76. num. 12. videndus Menoch lib 1. cent. 1. casu 86. num. 58. & libr. 6. præsumptione 42. num. 2. & quo tempore abesse possit Tiraq. in l. si vnquam, verbo reuertatur á princ. num. 15. Ex quibus cum d. conditio á Rege expressa obligationem morandi in regno induxerit, habitare in eo oportet faciuntque Cabed. 2 part. decis. 117. vbi late sicque contrariæ opinionis fundamenta diluuntur, quæ supponunt adiectionem regni demõstratiuè appositam, cum tamen restrictiuè apposita fuerit, vt specialiter impleri debeat, & in vim conditionis, vt per illam dispositionis illius effectus suspendatur, argum. l si communis seruus. ff stipul. seruor. in princ. vbi seruo stipulante dominis nomine expresso strictè accipitur, vt pro virili admittantur non demonstratiue, vt in fin. tex.

18 In tertio dubio attenta dispositione Ordinationis lib. 2. titul. 38 §. 1. quæ non permittit vt Regiæ coronæ donatarij omittant confirmationem; donationum per obitum cuiusque possessoris, absque priuatione cõmoditatis & reddituum, in vita sua; adeò vt Regi liceat possessionem occupare, Ordin. libr. 2. titul. 38. §. 1. Alex. in l. vxori. ff. vsufruct. legat. facit cap. 1. quo tempore miles Cabed decis. 3. 4. & 5. num. 11. 2. part. Valasc. cons. 138. nu. 7.

Cum in præsenti constitisset dict. Ducem Pastranæ per obitum non obtinuisse suæ donationis antiquæ quæ respiciebat villam de Vlme confirmationem, ipsum decreuit senatus priuandum vtraque villa de Vlme & Chamusca, quatenus nouam concessionem Sebastianam intuetur, respectu iurisdictio-

iurisdictionis de nouo concessæ, & licet respectu villæ de Vlme posset in sua possessione tueri, separato vtriusq; donationis iure, tamen adhuc, dicta donatione de Vlme pro nunc erat priuandus, ex defectu Regiæ confirmationis, quam non ostendebat sicq; censuimus reseruatis illis bonis quæ constaret esse maioratus patrimonialis, cum D. Melchiore Pimenta Regio iudice integerrimo, & prudentissimo Ludouico Mendez Barreto olim collegij D. Pauli meritissimo collega quorum ego sententijs accessi, & ab eorum ore hæc hausi quæ suprascripsi.

SVMMARIA.



Casus proponitur in principio.

Regnum hoc licet sit vnitum Regno Castellæ tamen conseruatur regiminis diuisio. nu. 1.

In Principe duo diuersi respectus considerantur. nu. 2.

Interpratata Ord. lib. 3. titul. 3. ibi.

Lusitani qui Curiam Regis Castellæ adeunt non ibi forum sortiuntur. nu. 3.

Nostrum ius regium est nostrum ius commune. ibi.

Lusitani non possunt conseutire in Principem non suum. ibi.

Prorogatio non fit extra limites Imperij. ibi.

Interpratata Ord. lib. 2. titul. 1. §. 14. nu. 4.

In Curia Philippi regis adest Prætor curialis ad causas Lusitanorum. ibi.

Sententia huius Prætoris quomodo exequenda. ibi.

Originarius huius regni si in regno Castellæ contraxerit quomodo ad illum locum citati possit. nu. 6.

Extra casum contractus seu delicti Prætor curialis Castellæ non est competens. nu. 7.

Prætoris curialis commissio quomodo interpratanda.

Quando vassali Regis Portugalliæ conueniuntur coram ipso qui extra regnum est, debent nihilominus iudicari in ciuilibus secundum suarum legum decreta. nu. 7.

Sententia lata contra Lusitanum à Prætore Hispano nulla est. nu. 9.

Incompetentia iudicij quocumque tempore opponitur. ibi.

Interpratata. l. si quis ex aliena. ff. de iud. num. 10.

Licet partes consentiant posset procurator Regius se opponere respectu suæ iurisdictionis. ibi.

Principis curia quando dicatur communis patria. nu. 11.

Regnum Portugalliæ suis legibus vt antea gubernatur. nu. 12.

Hodie in hoc regno conseruatur Curia Regis. ibi.

Roma cur dicatur communis patria. nu. 13.

Qui vocatus à Rege eius Curiam addit non potest, ibi citari nu. 14.

Perfecta legatione potest legatus in Curia conueniri. ibi.

Probabilis causa residendi in Curia sufficit ne quis ibi citari possit. ibi.

Qui pro remuneratione obtinenda Regem addit ex causa necessaria dicitur addire. ibi.

Explicatur. l. Reipublicæ. ff. ex quibus caus. maior. nu. 15.

Quod principalius est attendi debet, ibi.

Acceptans in Curia Regis hæreditatem an ibi quasi contrahere dicatur. nu. 16.

Interpratata. l. de eo. ff. de iudic. ibi.

Explicata doctrina Pauli. ibi.

Inter patrem & filium ratione alimentorũ non quasi contrahitur. nu. 17.

Priuilegium senatoris potentius est viduarum, & miserabilium. ibi.

Priui-

Priuilegium Senatoris non censetur reuocatum sine speciali reuocatione. ibid.

Princeps qui inter vassallos iudicat non mittit requisitorias literas sed imperat. ibid.

DECISIO II.

Circa executionem faciendam in hoc Regno virtute sententiæ latæ in Regno Castellæ contra originarium huius regni qui ibi citatus, & condemnatus fuit cum adiret Curiam, à Rege inuictissimo Philippo II. vocatus, inter. Ord. lib. 2. titul. 1. §. 14. & lib. 3. titul. 3.

CVM adiret curiam inuictissimi Regis nostri Philippi II. ab eodem Principe vocatus. D. Didacus de Castro, Comes do Basto, & Præses suppremi senatus Pallatij; tempore quo officio Præfecti prætorio in senatu supremo Supplicationũ fũgebatur D. Ferdinãdus eius filius ipsũ comitẽ in curia Castellæ in iuditiũ vocauit, pro alimentis sibi assignandis cumque ibi condẽnatus fuisset, Chartæ executoriæ expeditæ fuerũt, Hispano sermone sub nomine Regis Castellæ, quibus deprecabatur à Præfecto prætorio cuius ea tempestate personã gerebat Emanuel de Vasconcelos, quẽ ob singulares animi dotes, & generis splendorem senatus colit & tota Lusitania suspicit, vt executioni literas requisitorias mandaret, cumque ipse auditis omnibus senatoribus in re tam graui, quid faciendum foret deliberasset, omnibus placuit literas nõ implendas, ex notorio iurisdictionis defectu, & Principi eiusque consilio rescribendũ fore. In cuius rei fauorem sequentia notaui, quibus senatus subscripsit.

1 Primo quod licet videretur quod regnum hoc coronæ regni Castellæ accessisset per vnionem, ita vt hodie Aristocratia gubernetur, & omnia ad vnum Regem vtriusque Imperij referantur, nec inter has coronas aliquã diuisionis consideratio haberi possit, maxime cum constet hoc regnum à regno Castellæ fuisse separatum, quando ab Alphonso sexto Castellæ Rege Theresiæ filiæ, quã Enrrico comiti Lotharingiæ copulauit, illud in dotẽ dedit, Aguirre in appolog de sucessione Regni 2. p. n. 36. Et hodie sit antiquæ Coronæ Hispaniæ reunitũ, & iure quoddam postliminij, seu consolidationis, ad primauum statũ videatur rediisse, necessario fatendum sit, quod sequutã d. vnione debeat iisdem legibus gubernari, ex Bart in tractatu. Tyberiadis de Insula vers. nullus Alex. Cons. 151. n. 5. lib. 1. Alciat respons. 77. n. 2. & per consequens, quod Curia in qua Rex inuictissimus assistit est omnibus subditis cõmunis arg. l. Roma. ff. ad. municipal. Alciat. lib. 2. dispunctio cap. 21. Romanus singul. 146. Brisson lib. 5. selectar. cap. 6. Alphanus in Repertor. nu. 270. tamen ex speciali Regis inuictissimi Philippi primi indulgentia & fauore, in Comitijs habitis ad villam de Tomar anuo 1581. cap. 3 & 4 & seqq cautum fuit (ne Lusitanorum gloria & Ilion concideret) quod Rex regnũ conseruaret, ab omni vnionis specie immune, vt sic pristinæ gloriæ aliquod maneret vestigium, suisque legibus gubernaretur, sine vlla mutatione regiminis, vel legum, refert. D. Didacus de Britto in doctissimo Consilio pro illustrissimo

trissimo Comite de Salinas quæst. 1. num. 14.

2 Vnde in nostro rege inuictissimo vtriusque regni seu Imperij clauũ moderante tanquã Rege Portugalliæ, & Castellæ, duo diuersi respectus considerantur, distincti omnino inter se, ita vt tanquam Castellæ Princeps in his quæ coronam Lusitaniæ attingũt, etiam hodie tanquam extraneus Princeps habeatur, nec eius iussa capescere fas sit, nisi per requisitorias literas illud exposcat, cum de iure sit quod in eadem persona possunt duo diuersi respectus considerari, qui ad diuersos tendant fines, argum. l. si consul. ff. de adoptio. Tiraq. de nobilit. cap. 28. nu. 12. Peregrin. de iur. fisc. libr. 4 titul. 1. num. 2 & 3. sicut alias videmus quod ipsa Regis persona considerata tanquã Rex, & tanquam ordinum magister, diuersis perfulget dignitatis qualitatibus diuersum denotantibus statum, & potestatem, Cabed. decis. 61. num. 6. & decis. 112. 2. part. num. 6. & Arest. 46. Gama decis. 230. & 353. & est tex. elegans in cap. à collatione d. appel. in 6. Roman. & additio singul. 76. Corsetus in singul. verbo vox Decius in cap. quamuis de offic. deleg. Exea in cap. cum omnis, à num. 131. de constitut. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 5. nu. 51.

Et quamuis regulariter in Regis Curia posint citari omnes qui in ea reperiuntur, prout apud nos disponit Ord. lib. 3. titul. 3. in idem l. 4. titul. 3. part. 3. tamen hæc regula limitanda venit in illis qui non sponte sed aliqua necessitate coacti curiam regum sequuntur, vel ex probabili causa, his enim casibus permissum est vt habeãt ius reuocandi demum, l. 2. §. legatis. ff. de iudic. vbi Barbos. Couar. practic. cap. 5. per tot.

3 Ex quibus Lusitani qui Curiam Regis Philippi II. adeunt, pro suorum negotiorum expeditione, non ibi forum sortiri possunt, nec attento iure communi, nec Regio quod nostrum ius commune existit ex Valasc. de partitio. c. 13. num. 29. & cons. 103. nu. 8. Cabed. decis. 106. nu. 9. & decis. 100. num. 13. & decis. 211. nu. 1.

Quod corroboratur si consideremus quod vassali Regum Portugalliæ non possunt in Principem non suum consentire, nec iudicis alieni iurisdictionem prorogare, quia quãmuis de iure communi, sit valde controuersum an posit vassalus domini temporalis in præiudicium sui Principis, se alterius iurisdictioni submittere, & pluribus placuerit affirmatiua, ex Bart. in l. 1. ff. de iudic. & in l. 1. §. & post operis. ff. de noui oper. vbi Alex num. 20. Ias. 11. Peres in l. 6 titul. 3. libr. 1. Ord. num. 6. Azeued. lib. 4 titul. 1. l. 11. nouæ recopil. num. 16. Maranta de ordin. iudic. 4. part. decis. 12. nu. 19. Boer. decis. 224. Capi. decis. 9. num. 3.

Tamen contrariam amplexus est Paulus de Castro in d. §. & post operis, quæ frequentiori calculo recepta est, quando duo concurrant; primũ quando vassalus sit subiectus Principi, non recognoscenti superiorem; secundum quando prorogatio fiat extra limites sui Imperij, his enim duobus concurrentibus omnes agnoscunt subditi cõsensum nihil operari posse in præiudicium iurisdictionis sui Principis, quæ fuit Bart. in illo tex. ibi si est aliquis de aliquo Comitatu aut Regno vbi sit Rex, vel Comes perpetuus iste non poterit litigare coram extraneo iudice sequitur Capici decis. 9. num. 3. Bossius in titul. de Principe num. 260. & citatur gloss. singularis in c. Imperialem. §. præterea de prohib. feud. alien. & in cap. ex transmissa de foro comp. Potest namque Princeps eo casu subditum reuocare etiam inuitũ, & detinere, ne in alieno regno litem prosequatur, & vt à cœptis desistat, ex Bald. in l. decernimus, C. de sacrosanct. eccles.

eccles. & in l. si quis in conscribendo notab. 4. C. de Episcop. & cler. Maranta d.nu.19.

4 Quod quidem apud nos maiori cum ratione obseruandum est ex Ordinatione libro 2 titulo. 1. §. 14. quæ licet loquatur in prorogatione facta in fauorem iurisdictionis ecclesiasticæ, tamen eius decisio vniuersalis est, tam respectu Principis ecclesiastici quam alterius cuiuscunque, cum idem sequatur Regiæ iurisdictioni præiudicium, ex Nauar cons. 51 titul.de sent excommun. Barbos.in l 1.art.3. ff. de iudic. de prorogatione, num 167.

Et quamuis dici possit quod hæc ordinatio est pænalis, & vt talis minime extendenda, extra casum de quo agit, argum reg. odia libro 6 tamen dispositiones quamtumcunque pænales extendi possunt, & debent in his quæ ipsam dispositionem respiciunt quamuis restringantur, in his quæ concernunt pænam ipsarum, Doctor. in cap. 1. de locato, vbi Panormitan. num.14. Barbos. in dict. l.2. num. 169. & euidenter colligitur quia cum lex Regia prohibuisset prorogationem respectu Episcopi, & Principis ecclesiastici, cuius iurisdictio attento iure respectu laicorum erat prorogabilis, vt per Doctores in cap. significasti de foro competent. A fortiori debet intelligi quod sub eadem prohibitione voluit comprehendere casum quo Principis sæcularis iurisdictio prorogatur, cui iuris communis regulæ obstabant. Atque ex his fundamentis hæc opinio fere in toto orbe recepta est prout in Francia dicit Guilelm. verbo & vxorem decis.2. numero 53. quem citat Marta de iurisdictio.cas.92. numero.1. Aufrer. de potestate eccles. super laicos quæst. 30. In Nauarra Nauarrus dict.cons.51. in Hispania Azeued. l.10. titul.1. libr. 4. nouæ recopilat. Gutierr. practicar. libro 4. quæst. 30. & in hoc Regno Barbos.in dict. l. 1. articul. 3. numero 141. & 165. & vltra eos Menoch. cons. 322.num.20. Bobad. in politic.libr.2. cap.17.nu.192.

Quod apud nos sine dubio obtinet cum huius regni subditi suo vassali iurent ius Principi fidelitatem prout considerat Guilelm. dict. decis. 2. num.54.

5 Nec huic sic moribus receptæ sententiæ obstabit, quod in Curia Regis Philippi II. inuictissimi adest Præses Curialis, ad Lusitanorum causas specialiter deputatus, vt inter eos ius dicat apud quem dict. Comes citatus proponitur, quia satisfit quod hæc commissio debet intelligi ad effectum dumtaxat vt coram ipso huius regni incolæ respondeant, tanquam coram iudice conseruatore, in eorum fauorem concesso, & contra ipsos in causis quæ in Curia Regis ortum, & initium habuere, veluti si ob delictum ibi commissum conueniendi sint, auth in qua prouincia.C.vbi de crim. agi oper. cap.1. de priuileg. libro 6. vel ratione contractus, ibi gesti, his enim casibus extranei sortiuntur forum in Curijs Regum, sententiæ quæ his casibus latæ habent suam executionem in loco domicilij, ex Bald.in l.exemplo num. 3.C.de probatio. Iason. in l. si arrogator ff.de adoptio.num.4. Dec.in cap.1. num.30 de probatio. Pallati in introductione Rub. ante num. 24. vers. ex quo, Xuares in l. postrem. fol. 156. Gomes l.Tauri.64. num. fin. & in his terminis literæ requisitoriæ pro exequendis talibus sententijs emanatæ adimplebuntur habebuntque locum Ordinationes libr. 2. titul 45. §. 5. & libro 3.titul.1. §.5. & titul.76. §.3. & libro. 5. titul. 119. §. 4. & titul. 123. §. 6.

6 Vnde si originarius huius regni in regno Castellæ contractum celebrauerit, ibique se responsurum promiserit certo loco, poterit virtute huius contractus citari ad illum locum, & eo casu etiam poterit citari in Curia Regis, si ibi inueniatur, quia cum iam per contractum renuntiatum sit priuilegio fori, ita vt in Regno Castellæ forum contrahens sortiatur, nil mirum si vt talis in Curia illius Principis inuentus lite pulsari possit, prosequitur Couar. dict. cap. 5. num. 2. Barbos. in dict. l. 2. §. legatis num. 363. & hoc casu etiam è patria poterit ad illum locum in quo respondere promisit evocari, permittit enim hoc Ordinat. Regia libr. 3. titul. 6. §. 2. & 3. Barbos. in l. hæres absens. §. 1. fol. 205. Et casu quo non compareat contra illum ex primo & secundo decreto procedi poterit, in bonis quæ in illo regno possideat, quod si se abscondat ne citatio ad effectum perducatur, poterunt etiam occupari bona quæ in regno possidet, cap. 1. §. contrahentes de foro compet. lib. 6. Paulus in d. l. hæres. §. 1. numer. 11. Barbos. vbi supra num. 15. quæ bonorum occupatio per litteras requisitorias debet expediri, hique sunt casus in quibus originarij extra regnum conueniri possunt, & quibus vtriusque Coronæ Reges tenentur, requisiti suum auxilium impartiri, vt explicatur in concordatis inter vtrũque regnum quæ habentur libr. 3. senatus fol. 24. & in extrauaganti. 6. p. titul. 2. l. 3.

7 Extra autem hos casus contractus vel delicti nulla ratio patitur vt huius regni originarij, coram dict. Præside Curiali litibus pulsentur, nec aliud euincit Ordinat. Regia libro 3. dict. titul. 3. in illis verbis, *E assi os estrangeiros sendo achados na Corte, poderão ser nella demandados, em todos os casos em que em nosso Reyno o podem ser*, hæc enim verba conditionalia sunt, & referuntur ad ius commune, vt extranei respondeant in Regis Curia in casibus in quibus de iure ibi conueniri possunt, scilicet ex contractu vel ex delicto, vel ratione rei sitæ de quibus late per Doctores in cap. fin. de foro competent. non tamen poterit subditus citatus extra regnum se submittere iurisdictioni iudicis extranei, ex Ordinat. libro secundo, titulo primo. §. 14. explicat Barbos. in dict. l. 1. dict. numero 167. quia in hoc est diuersa ratio.

Nec obstabit quod ex vi commissionis factæ dicto Præsidi Curiali in Regno Castellæ propter amplam ipsius formam, dicto Præsidi concessa, & attributa est iurisdictio, in omnibus causis futuris, quia illa ampla, & generalia verba commissionis debent restringi, ad terminos iuris, vt vitetur legum correctio, argument. l. si quando, vers. neque. Cod. inofficios. testament. Molin. libro 1. capit. 19. numer. 18. quod etiam probat Felin. in cap. causam quæ de rescriptis numero 5. maxime quia cum hoc casu abrogaretur lex Regia, quæ nunquam censetur reuocata sine illius expressa, & specifica mentione, Ordinat. libro 2. titulo 44. non existimandum est quod S. Maiestas Principis inuictissimi voluerit huius regni leges, & priuilegia infringere, quando talis potest fieri interpretatio vt commissio solum verificetur in his causis, & negotijs quæ in Regno Castellæ agitari poterant argument eorum quę Gama decis. 333. alias 331. nu. 2.

8 Ex quibus sic ponderatis tria inferuntur. Primum quod quando huius regni incolæ ex contractu innito in hoc regno conueniuntur in Curia Regis Portugalliæ, qui hodie in regno Castellæ residet, his casibus debent

iudicari

iudicari secundum legum Regiarum Lusitaniæ decreta quia quamuis in eo Regno Castellæ iudicari possint legibus illius Regni in contractibus ibi gestis, vel si ibi delinquant ex d.l.4. titul.3.part.3.vel etiam quando domicilium ad illud Regnum mutauerint, vel vxorem duxerint vt apud nos decidit Ord.lib.2.titul.56.§.1. ex Bart in l.cum quidam ff.de iurisd. omni.iud. nu 2. Tamen extra hos casus quando Lusitanus Curiam Regis addit, & ibi pulsatur ex contractu in hoc Regno gesto vel ex causa quæ ibi ortum habuit si ex speciali commisione iudex Hispanus de causa cognoscit hoc debet intelligi vt iudicet secundum leges huius Regni ex doctrina Ias. in l. cunctos populos.C.de summa trinit. 1.lectur.& 2. nu.58. Cotta in memora. verbo instrumentum faciunt quæ Cabed.decis.165.per tot.

9 Secundum in quod licet, consilio Regiæ Maiestatis in d regno Castellæ prolata fuerit sententia contra d.Comitem, & pronuntiatum quod tenebatur respondere in causa alimentorum in dict.tribunali Præsidis Curialis regni Castellæ, adhuc tamen cum hæc omnia defacto,& contra expressas traditiones communiter receptas, & forum Regni Portugalliæ eiusque leges facta fuerint, talis sententia super competentia iudicij nulla extitit, & vt talis non meretur executionem.ex Ordinat.libr.3.titul 75.§.1. exceptio enim incompetentiam respiciens est insanabilis,& post tres sententias opponitur Valasc. de partitio. c 39 à num.2.Gama decis.342.Cabed. decis.22 idem Valasc.cons.27.num.5.

10 Nec obstat quod hæc incompetentiæ exceptio fuit proposita in illo iudicio,& cõtra illam pronuntiatum, quia Prætoris est cognoscere an sua sit iurisdictio.l si quis ex aliena ff. de iudic.quia huius legis decisio solũ obtinet quando nihil aliud obstat quam iudicij incompetentia, quando sub eodem Principe causa agitatur, non vero quando iudicium est prohibitum,& vetitum prout respectu diuersorum Principum, tunc enim non sufficit quod alter eorum se pronuntiet competentem, quia hoc casu non tenetur pars comparere, & opponere de iudicij incompetentia, nec si opponat,& contrarium obtineat præiudicabit principi,de cuius iurisdictione agitur,in his enim quæ iurisdictionem Regiam attingunt solus ipse est propria pars, argum. Ord.lib 1.tit. 12. §.3.in fine, & libr.2. titul. 1. §. 27. vbi super delinquentis remissione ad ecclesiæ immunitatem solus Princeps sæcularis,& Episcopus contendunt, sine vlla partis citatione, quia ille actus primario Regiam iurisdictionẽ respicit licet secundario delinquentem attingat.

Vnde recte potest Princeps cuius iurisdictioni præiudicium ex tali sententia paratum est, quando in suo regno exequitur se executioni opponere, quia respectu ipsius res est inter alios acta, citat plura Menoch libr. 1. de arbitrar.quæst.38.à num.3.Vantius de nullitat titul. ex defectu iurisdict. ordin. à num. 16. & seqq. Gail.libr.1. cap.48.à num 17. Menoch lib.2.præsump.15.Valasc cons.152.à.n.7 quibus addo Couar practica1.cap.10.nu.vlt.

Tertium, quod licet pars consentiat & acquiescat sententiæ, nihilominus Regius procurator potest se executioni opponere, & succedunt verba Bart.in l.à Diuo Pio. §. sententiam Romæ. ff.de re iudic. ibi ipse est qui actu me lædit facit Ordinat libr. 1.titul 12 § 3. in fin. & libr. 2. titul. 1. §. 14. ibi, *E mandamos à nossas justiças que não dem a execução as taes sentenças*, Menoch. dict.cons.322. vol.4. Zeuall. 4.part.quæst.1.nu.276.vere enim Regia iurisdictio plus læditur, in hac executione, & in hoc regno præcipue in

quo Reges ob tollendas subditorum oppresiones, non patiuntur vt ad iudicum exterorum tribunalia vocari posint, ex Ordinat. libr. 2. titul. 13. § 1. & titul. 16. §. fin. nec partium consensus quid quam operatur circa fori renuntiationem d Ord. §. 14.

11 Nec obstat illud quod potest obijci quod ideo in Regno Castellæ D. Comes de Basto citatus fuit quia inuentus in Regis Curia, quæ patria communis est, ex l. 4. titul 3. part. 3. & l. 5 eod. titul. vbi casus enumerat quibus quis forum in Regis Curia sortitur ibi gloss. verbo que son estas; alios exprimit lex stili 37. & l. 7. titul. 2. lib 6. Ordin & lex. 4 titul. 17. lib. 8. eod quorum fundamentum est quod Regis Curia æquiparatur ipsi origini, in qua originarius potest conueniri, quando ibi inueniatur, l. incola. 29. ff. de iudic. l. fin. Cod. de munic. & origin libr. 10, forus enim originis est immutabilis Bartol. in l. assumptio. § filius num. 2. ff. ad municipal. Paulus in l. 2 num. 6. Cod. de iurisdict. omnium iudic. Decius in l. cum quædam numer. 5. ff. eodem titulo, eodemque modo habentur ac iudicantur vassali Regum respectu eius Curiæ, ac originarij respectu propriæ originis.

Satisfit enim huic obiectioni quod procedit respectu subditi proprij qui subijcitur legibus illius Curiæ, non sumendo subditos in genere seu contentiuè, dum comprehendit omnia Regna quæ Coronæ Hispaniæ vel vnione, vel successione subsunt, si enim in his Regnis sic consideratis, adhuc post vnionem vel successionem detur iurisdictionis diuisio, & separatio, prout in hoc regno est, nemo ambigit, quod Curia Regis Hispaniæ non potest considerari vt vniuersalis, respectu omnium subditorum qui non fuerint subditi in specie, & ratione illius coronæ in qua Regis Curia residet.

12 Constat namque quod regnum Portugalliæ sine vlla regiminis, & legum antiquarum, qua priscis temporibus gubernari consueuit, mutatione, hodie regitur ac gubernatur sicque suam propriam Curiam seruat, aliter enim Lusitanis duplex curia concederetur, in maximam Lusitani nominis perniciem dum tam in propria Curia Portugalliæ quam in Curia Castellæ conueniri possent. Licet enim verum sit quod vera Curia Regis ibi dicetur esse vbi ipse Rex personaliter asistit, cap. ego, N. de iureiuran. & ibi Innocent. in fin. Felin numer. 9 Roman. singul. 145. Gomes §. fuerat institut de action. Tiraquell. de nobilit cap 13. numer. 4. Gonzales gloss. 13. §. 1. numer. 6. & 8. Tamen noster Rex inuictissimus voluit in hoc regno, vt & vice Rex qui eius personam referret & Regum curia resideret, prout sæpe repetit Ordinatio libr. 1. titul 7. & 8. & libr. 3. titul. 5. & libr. 1. titul. 2. §. 2. & libr. 5. titul. 83. & in alijs mille locis sicut alias olim. vidimus iudicatum tempore inuictissimi Philippi Hispaniarum Monarchæ, qui cum ad hoc regnum annuente cælo accederet clauum huius Imperij moderaturus. Cum è Regno Castellæ ad hoc regnum quidam Hispanus confugisset, cum conuenire tentarunt coram Prætore Curiali Hispano, cuius ipse erat subditus, ratione originis, & tamen obtinuit non esse remittendum, imô gaudere regni immunitate quia nulla actualis comixtio inter vtrumque regnum dabatur, sed omnimoda diuisio, & separatio refert Cabed. 2. p. Arest. 5.

13 Illudque notandum quod ideo Roma dicitur communis patria vt illam vocat l. Roma ff. ad municipal l. sed & reprobari. 7. ff. de excus. tutor. gloss. in l. fideicommissum,

§. 2.

§.1. verbo hic puto. ff. de iudic. non quod totius orbis domina extitisset, vt dixit Felin. in cap. fin. de foro compet.num.25. Ias in l. qui Romæ in princip. num 1. & 6. ff. de verbor. obligatio. Sed ex eo quod Imperator Antoninus constituit, quod omnes qui viuerent in orbe Romano, idest sub Romano Imperio, ciues Romani haberentur.l.in orbe.ff de statu hom. vt explicat reponens literam Alciat lib. 2.dispunctio cap 22.&lib.4 parergon. cap. 5. quæ constitutio refertur in auth.vt liberti.§ fin.col 6 dicuntur autem esse in orbe Romano qui erant subditi Imperio gloss 5. in § sui instit. de patr.potest.verbo Romanorum.

Vnde cum subditi Romani Imperij essent Romani ciues, ideo Romana Curia erat eorum patria, ex qua tanquam ex fonte, & origine eorum nobilitas exemptio, & æstimatio profluebat, Couar. practic. cap. 5. num. 1. quare cum hæc considerari nequeant respectu Curia Regis Castellæ cuius ciues non sunt Lusitani, nec eius gaudent priuilegiis., & exemptionibus, ideo fit quod illa Curia respectu illorum, vt proprij Regis Curia considerari nullo modo valeat cum ad originarios illius regni non ad exteros dirigatur, sicque exponitur illud celebre Cumani responsum 72.in fin. vbi de Venetiana Curia loquitur, quæ solum respectu subditorum suorum cōstituitur.

14 Et licet concedamus, contra omnia iuris principia, quod originarij huius regni adeundo dict.Curiam Castellæ ibi generalem forum sortiuntur, ad omnes causas, adhuc ipse Comes de Basto non poterat ibi conueniri quia eam adiuit à Rege inuictissimo vocatus, qui est vnus ex casibus exceptis in dict.l.4.part.3. & d l.2. §.legatis, & est ordinatio d.libr.3.tit.3. & titul.10.§.3. & titul.7. §.1. quia tunc ex necessaria causa principis curiam addire censetur, quæ excusat ibi repertos, Marian. in cap. fin. de foro compet. num.66. Panormit.num.47. Afflict libr.1 constit. rub.95 nu.1.

Nec obstabit quod dict Comes citatus proponebatur cum in d. Curia commoraretur, tempore quo expedita & finita erant ea negotia, ratione quorum vocatus extitit, vt constabat ex certitudine secretarijs supremi consilij Portugalliæ Ferdinandi de Matos Ex quo fit quod causa quæ à principio fuit necessaria incæpit esse voluntaria, & sic potuit dict. Comes citari ad imaginē legati qui Curiam addiuit, ex causa publica etsi finito legationis munere in Curia resideat, habetur acsi ibi voluntarie degat, ex tex. in l Reipub. ff. ex quibus caus. maior. ibi, *qui non sui commodi causa, sed coacti absunt*; & probat tex in l consensisse ff de iudic.& d §.legatis ibi, *plane si perfecta legatione subsistant conueniendos eos diuus Pius rescripsit.*

Respondetur enim quod postquam dict. Comes suam expeditionem perfecit circa eadem negotia replicauit, & noua expectauit oracula, quo effectum est, vt antiqua causa non extincta sit, sed potius adhuc durare præsumendum sit, quia in omni actu attendimus initium.l.qui id quod ff de donatio.ibi, *causam enim & originem constituta pecunia non iudicij potestatem præualere placuit*, & hoc idem sentit dict §. legatis ibi perfecta legatione quæ verba debent intelligi de vltima actus perfectione quia imperfectus dicitur ille actus in quo adhuc aliquid super est agendum.l.ab hostibus. §. sed neq; ff.ex quibus caus.maior.Barbos.in d.§. legatis num.192.

Et quamuis contigisset, quod perfecta & expedita omnino legatione, vel vocationis causa, ipse Comes adhuc in Curia resideret, non publici sed priuati negotij causa, adhuc hæc causa sufficiebat, ne dici posset quod

 sequebatur

sequebatur Curiam ex voluntaria nõ ex necessaria causa, quamuis enim Syculus in d. cap. fin de foro comp. num. 81. & Felin ibi num. 15. Panormit. 48. teneant causam præcise necessariam requiri, ita vt non sufficiat probabilis, tamen contraria est communis Barbos. d. §. legatis num. 325. quod probabilis causa sufficiat ne residens in Curia amittat ius reuocandi domum, causa enim probabilis, & necessaria æquiparantur. l. nec non in princ. ff. ex quibus caus. maior. ibi, *nec non etsi ex causa probabili absuerit deliberare debet Prætor an ei subueniendum, &c.* ? Mauritius de rest. c. 333. nu. 2.

Vnde cum probabilis causa sufficiat vt subueniatur, iisdem iuris regulis metiri debet acsi necessaria esset. l. qui neque. ff. de rebus eorũ Barbos. vbi sup n. 325. nulla enim magis probabilis causa excogitari potest adeundi Regis Curiam, quã si adita fuerit pro remuneratione seruitiorum Regi exhibitorum, cum patrimonij iactura per plurium annorum discursum prout in persona dict. Comitis consideratur, qui cum maxima laude, & acclamatione vrbis & orbis præfecti prætorio officio perfunctus esset ob singulares animi dotes supremi consilij Senatus aulici Præses maximus creatus est, pro quorum seruitiorum remuneratione, curiam Regis addiens, non sponte sed in voluntarie potius ibi commorari censendus est, ex eleganti doctrina Bart. in auth. & consequenter num. 7. C. de sent. & interlocutio, vbi explicat dict. l. 2. ff. de iudic. sub §. sed si agant quod si legati agant pro iniuria sibi illata reconueniri nequeunt, quia adhuc in hoc non consideratur voluntas agendi, sed mera passio, quod quidem militat in eo qui ob temporis iniurias regẽ addit seruitiorum remunerationemq; exposcit, in quo nõ voluntarie agere, & abesse sed potius pati dicitur.

15 Nec obstabit dict. l. Reipub. & non vere. ff. ex quibus caus. maior. & gloss. ibi dum agunt de eo qui absens Reip. causa sua, & Reip. negotia simul peragebat, vt in negotio mixto quid principalius sit attendatur ibi quid si partem ob Remp. partim pro se, vt fæudum acquirat vel reconcilietur Principi, respondeo inspici, & iudicari secundum quod principalius intendebat, quæ verba tantum abest vt noceant, quinimò aperte iuuant supra dicta, nam si attendimus ad caput, & initium negotij, ex publica causa & necessitate traxit originem, ex vocatione principis, si ad exitum non ad acquisitionem fæudi tendebat, sed ad exactionem debiti talis enim censetur seruitiorum remuneratio argum. l. donari. ff. de reg. iur. ibi quod nullo iure cogente conceditur & latius dicimus in decis. 4. nu. 4. & seqq.

16 Nec insuper obstabit quod cũ dictus Comes in Regis Curia assisteret contigit quod D. F. eius pater diem clausit extremum, post longissimum æuum fæliciter peractum, cuius successionem cum in dict. Curia acceptauerit ibi quasi contraxisse videtur cum filio, circa alimentorum obligationem, quo quasi contractu mediante nihil impedit, vt in dict. Curia citari valeat, cum de iure sit quod tam ex cõtractu quam ex quasi amittatur priuilegium reuocandi domum, l. interdum. §. senator. ff. de iudic. Respõdetur enim quod etiam si hoc casu considerari posset regula. § hæres inst. de obligatio quæ ex quasi contract. vt ex additione resultaret quasi cõtractus; l. apud Iulianum. §. fin. ff. ex quib. caus. in possess. eatur. diuerso tamen modo hoc considerari debet, nam licet hæres adeundo creditoribus teneatur eo modo quo defunctus cuius personam gerit, l. 2. §. ex his. ff. de verbor. oblig. & cum legatarijs vt incipiat obligari in illis in quibus defunctus obligatus nõ erat: tamen illi qui in Curia sui

Principis resident ex necessaria causa non ligantur ex quasi contractu ex additione hæreditatis prouenientel. de eo.ff.de iudic. ibi quamuis Romæ adierit hæreditatem non competere in eum actionem.

Nec obstat doctrina Pauli in l. interdum.§.senator ff de iudic dum docet per quasi contractum illud priuilegium amitti quia debet intelligi in eo qui voluntarie curiam sequitur, vel rursus quandoquis simpliciter extra Curiam hæreditatem addiuit, in regno Castellæ quia hic etiam poterit in Curia ibi inuentus conueniri nec poterit reuocare domum prosequitur Couar dict cap 5. num.2. Barbos. d.§. legatis nu.47.

17 Sed hæc omnia gratis dicta sint cum iuris principijs non conueniat quod inter patrem & filium ratione alimentorum consideretur quasi contractus qui inter eos stare non potest. cum alimenta á parentibus iudicis officio petantur, quia cum defficiat obligatio, defficit etiam actio.§.nanq; agit instit. de actio. late Surdus tit. 3. quæst.1. vers veram, num. 10. quod si quis replicet, quod pater vbicumque requisitus, tenetur filio alimenta exhibere, quia lege naturali obligatus, illud vtique procedet, ne filius pereat verum alimenta quæ petuntur pro conditione personæ,& patrimonij, nō alibi quam coram proprio iudice peti possunt, nec vltimo obstat quod hæc causa necessario debet prosequi, in Regis curia, quia contra potentiorem ex l 5. titul.3. part.3. maxime cum sit summaria alimentorum ex Surdo tit. 8. priuil. 2. á princ. cum etiam legati in causis facilis expeditionis durante legatione, in Curia cōueniri valeant, ex l.si legatus. ff. ad Trebell ibi quia hic non multum officio occupatur Rotta antiqua de foro comp. decis. 1. & 2. ibi de qua potest faciliter se expedire satisfit enim, quod dict. Comes ea tempestate Præfecti Prætorio fungebatur officio, cui competit priuilegium in iuris corpore clausum, ex Ord.lib.3.titul.5.& lib.2.titul.59. quo cauetur ne alibi quam coram Præside Curiali conueniatur, quod priuilegium potentius est, viduarum,& miserabilium personarum, ex Ord.lib.2. titul.59 § 13. neque potest censeri abrogatum ex dict. commissione Præsidi Curiæ Castellæ facta, ad causas Lusitanorum in curia de gentium quia hæc priuilegia non tolluntur, nec etiā cum speciali mentione, nisi intercedat specifica, & in indiuiduo, ex Cabed. decis.86 num.5. & 6. & decis 94. 2.p. Azeued.lib.1.titul.3. l.14. nouæ recopilat. imó sunt iurata & irreuocabilia Cabed decis.2.nu.5.

Ex quibus aperte conuincitur nec dict. Comitem nec alium huius regni originarium, posse in Curia Regis nostri inuictissimi conueniri extra casus in iure expressos. Conuinciturque in iustitia literarum requisitoriarum, nam si illa causa iure hodierno tanquā in Curiæ Principis agitata ad d. Præsidem Aguilera spectabat,& ipse cognoscebat, tanquam minister Regis Portugalliæ vtique eo casu non literæ requisitoriæ expediri debuerant, sed sententia verbis imperatiuis cōcepta, tanquam á proprio Principe, contra vassalum lata, verba enim deprecantia,& requirentia, denotant requirentem non esse dominum nec Principem, illius territorij in quo literæ mandantur executioni, cū alieno indigeat auxilio ex his quę sup. notaui n.6.

Cum ergo in præsenti, tales literæ requisitoriæ sint, bene constat causam agitatā fuisse tanquā in corona Regni Castellæ,& sub illius Principe, nō vero sub Regis Portugalliæ Imperio, nec in eius Curia tanquā contra proprium vassalum, igitur manifeste colligitur in iustitia dicti executorialis, sicq; placuit senatui,& his senatus subscripsit.

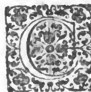
SVMMARIA.



N patrueles in successione patrui debeant admitti in stirpes vel in capita.
Quod inter se in capita debeant succedere.
De iur. authenticorum nulla repræsentatio data est. ibi.
Aliud est nouiori authenticorum iure, n. 2.
Beneficium repræsentationis continet priuilegium. nu. 3.
Explicata Ord. Regia lib. 4. tit. 91. §. 2.
Repræsentatio non datur nisi dato concursu cum patruos. ibi.
Explicatur auth. de hared. abintest. §. si igitur 2. num. 5.
Explicatur. §. si autem, vers. illud palam, num. 7.
Explicatur auth. post fratres. C. de legitim. hared.
Consobrini etiam inter se gaudent repræsentatione. nu. 9.
Huius opinionis fundamenta. nu. 11.
Ponderatur d. §. si igitur. nu. 12. & 13.
Quid in hac quæstione sit de iure Regio. nu. 14.
Quod inter se succedant per repræsentationem est opinio Accursij & Bartoli n. 15.
Confutatur error Baldi nu. 16.
Explicatur gloss. vbi superstites. nu. 17.
Responsio ad arg. in contrarium, nu. 18.
In hoc regno cur non fuerit admissa repræsentatio. nu. 19.

DECISIO III.

An patrueles in successione patrui debeant admitti in stirpes vel in capita, ad Ord. lib. 4. titul. 91. §. 2.



Vm mortuo Simone Laurentio inter fratrum eius filios, esset orta contentio, an ad patrui hæreditatem in stirpes vel in capita essent admittendi, & Præsidi placuisset in stirpes, concesso repræsentationis beneficio, ad Senatum supplicatũ fuit, vbi in contraria, Senatorum vota scissa sunt. Duo se offerebant in eo processu discutienda, primum quid dicendum attento iure communi; secundum quid de iure Regio, & an ab eo deflectat ordinatio.

1 Circa primum illud videtur amplectendum, quod consobrini inter se in capita debeant succedere, quia ex authenticorum iure, nulla repræsentatio reperitur concessa, in linea collaterali, imò qui proximior est gradu, cæteros præcedit abintestato, quando autem erant plures in eodem gradu, omnes æqualiter vocabantur, l. 2. §. hæreditas. ff. de suis & legit. hæredib. l. lege. 12. tabul. vers. illo procul dubio. C. de legit. hæred. Iustinian. in §. si plures instit. de agnat. success. vnde cũ patruelis sit in proximiori gradu, debet necessario consobrinos excludere, dict. l. lege, vers. his etiam. §. hoc etiam instit. de legit. agnator.

2 Cumque ex hac succedendi forma non minima resultaret iniquitas, nouiori authenticorum iure cautum est quod fratrum filijs daretur repræsentatio, & parentum suorum locum ingressi à patruis minime excluderentur, imò cum illis in hæreditate defuncti cõcurrerent, tantam partem habituri, quantam habiturus esset, horum

eorum parens, si viueret, alias enim nisi beneficium hoc repræsentationis illis concessum foret, omnino manerent exclusi. vt explicat Auth de hæred. abintestato. § si autem, cum ergo beneficium hoc repræsentationis solum eo casu concessum sit, quando cōcursus datur, inter eos cum Thiois, vt probatur in d auth. §. si igitur, vers. sed & ipsis, ibi tunc hoc beneficium concedimus quādo cum proprijs vocantur Thiois, & illa particula tunc denotet causam limitatam, iunctis præcedentibus ibi nulli aliæ omnino personæ, inde constat illa verba extensionem non pati vltra casum expressum aut Couar, pract. cap. fin. num. 5. Valasc. quæst. 50. á nu. 3. in fin.

3 Secundo quia beneficium repræsentationis continet priuilegium concessum nouiori iure consobrinis, vt in d. §. si igitur, ibi priuilegium præbemus d. §. si autem, vers. quandoquidem, ibi fratris & sororis filijs, tale priuilegium dedimus, vt in parentum locum succedentes, in tertio constituti gradu, cum his qui in secundo sunt ad hęreditatem vocentur, quare debet intelligi, & restringi, intra verborū proprietatem, & non extendi ad casum quo inter se succedant, cum in eo habeant remedium ordinarium, vt succedant in capita, nec sit opus extraordinarium illis impartiri, vt vocentur in stirpes, nam hoc modo fauor his concessus, in aliorū verteretur odium, quod repugnat menti concedentis priuilegium repræsentationis, qui omnium in communi filiorum fratris commoditatem attēdit, & posset euenire casus, in quo magis odiosa fieret, hæc interpretatio, quam fauorabilis, veluti quando ex vno fratre plures relicti essent liberi, & ex alio vnus, tunc enim plures attingebāt odium, & vnū tantum commoditas, & fauor sequeretur, quod quam alienum sit à mente Principis negare erit in media luce caligare, & aperte probatur ex gloss. fin. in l. sabinus. 74. ff. ad Trebell. Ottoman. illustrium quæst. 3. & quæst. 14. Fortunius in l. gallus. §. idem credendum, num 47. Couar de successio. abintest. num. 8. Corras in l. hæres nu. 12. C. de impuber. Cuiatius de fæudis libr. 2. titul. 11. & ante omnes Bald in cap. 1. de natura successio fæud. nu. 3.

4 Tertio in hanc partem inclinat Regia Ordinat libr. 4. titul. 91. §. 2. vbi agens de vxore secundo nubente, quæ filij hæreditatem capit, in primo matrimonio suscepti, disponit quod si per obitum ipsius filius superstit, frater filij defuncti, neposque ex alio, cum Thio concurrat, sic amplexa illum sensum, quod repræsentationi locus non est, nisi quando inter patruelem & patruum datur cōcursus, cuius quidem opinionis fuit Accurs. in §. hoc etiam instit de legit agnator success. vbi vltimo loco hanc partem de legit. quæ etiam fuit Azon. in summa. C. de legit. hæred. quia nullo concurrente Thio patrueles ex propria persona succedunt gloss. in dict. l sabinus 74. ff ad Trebell. Bald. Cantiuncula, & Ottoman. in dict. §. hoc etiam, & illustrium quæst. 14. idem Bald in cap. 1. num. 3. de natura successio fæud. Ficardus lib. 6. commun. verbo fratrū, Corras in l. hæres num. 12. C. de impuber. Cuiat de fæud. d. lib. 2. titul. 11. Mench. successio. resolut. §. 13. num. 13. Zazius libr. 1. respons. cap. 7. num. 2. Fortun in l gallus. §. idem credendum d. nu. 47. l. Castellæ libr. 3. l. 6. titul. 6. foro legum, & l. 15. titul. 13. part. 6. & sæpe iudicatum dicit Couar. in princ. in epitom. nu. 8. Zeuallos quæst. 221. num. 2. vbi plures citat Thesaur. decis. 162. per tot. Valasc. de iur. emphyt. quæst. 50 nu 3.

5 Nec huic opinioni obstat tex. in d. §. si igitur 2. dum dicunt intelligendum esse ampliatiuè, quasi dixerit quod non solum consobrini inter se beneficio

beneficio repræsentationis fruuntur, sed etiam quando cum Thiois concurrunt, à fortiori ergo inter se, quia cum æquales fiant his qui eos præcedunt gradu, per repræsentationem, maiori cum ratione præferentur his quibus sunt æquales. Quia respondetur quod cum Imperator in toto.d §. si igitur de nullo alio egisset, nisi quod patrueles cum patruo debent admitti, manifeste apparet quam absurdum est dicere, quod in fine illud idẽ repetit, quod supra dixerat ampliatiue in vers. sed & ipsis.

6 Nec insuper obstabit si intelligatur ille § quod agit de concursu cũ ascendentibus defuncti, iuxta decisionem §. si autem subsequenti qui aduersatiue loquitur ad § præcedentem, quia replicari potest quod voluit, ibi Imperator excludere repræsentationem omni casu quo patrueles ex diuersis fratribus, nullo concurrente Thioo succedũt ex propria persona, vt explicat aperte d. §. sed & ipsis.

7 Nec aliud euincit vers. illud palam in d.§. si autem vbi consobrini admittuntur per repræsentationem, vt excludant Thioum defuncti, ex quo sequitur quod sit locus repræsentationi etiam quando cum Thioo nõ concurrunt respondetur enim, quod dispares sunt termini, nam cum Imperator concessisset beneficium repræsentationis fratrum filijs, cum Thiois fratribus patris sui, ostendit quod maiori cum ratione illis competere debebat, aduersus defuncti tios, sicque ab speciali videtur hinc contrariam sententiam posse probari, quod repræsentatio locum nunquam habet, nisi fiat cum Thiois concursus vel illi sint defuncti patrui vel patruelium.

8 Nec huic sensui obstant verba Auth. post fratres, C. de legit. hæred. quia debent exponi copulatiuè, & nõ discretiuè, vt ostendit coniunctio; &, qua tex. vtitur, vnde etiam verba auth. de hæredib. ab intest. §. si vero neque fratres col. 9 ibi si vero neque fratres, neque filios fratrum, &c. debent exponi copulatiuè, quando cõcurrunt insimul fratres, & fratrum filij, non alias, vt colligitur ex eodem tex. ibi sicut diximus quæ referuntur ad casum quo filij fratrum concurrunt insimul cum defuncti fratribus.

9 Licet autem hæc opinio sic iure, & rationibus fulciatur, non desunt qui sententiant, contrariam esse magis communem, pro qua videtur tex. expressus in dict. § si autem defuncto, vers. vnde consequens, in dict auth. de hæred. ab abintest. col. 9. vbi consobrini repellunt fratres defuncti, ex vno tamen latere, vt præponantur proprijs Thiois, sicut pater eorum præponeretur si viueret, & ipsi exclusis Thiois in stirpes succedũt repræsẽdo patrẽ; igitur etiã inter se repræsentantationis priuilegio fruuntur, ibi quẽadmodum & pater eorum præferretur si super fuisset, Accurs in d. § si autem, verbo fratres Bart. in l. liberorũ nu. 15. ff. de verborũ signi. facit deinde d §. si autem, vbi conceditur repræsentatio, quando vnus solus patruus defuncti superest, qui dicitur patruus magnus, qui est in tertio gradu, & vna fratris filij in eodem tertio gradu, & hi excludunt patruum defuncti, per repræsentationem, ergo manifeste patet quod datur repræsentatio extra concursum patrui, vt sentit Azo. siquidem in hoc casu datur cum patruo magno, & sine concursu aliquo quia ipsi penitus exclusi sunt, explicat ibi gloss. verbo si etiam sonsbee de fæud 3. part. conclus. 6. num. 102.

10 Et pro hac opinione est authoritas Accursij in verbo fratres in d. § si autem, & scholio fin. in d. l. lege. 12. tabularum, & in auth. cessante. C. de legit. hæred. & in l. 1. §. vlt. verbo vt puta. ff. si pars hæreditat. & fuit Bart. in l. 2. §. hæreditas. ff. de suis & legitim. & in l.

in d.l.liberorum nu. 15. ff. de verbor. signi.& conf.171.libr.1. cuius ipse meminit in d.§.hæreditas in fine commu nem dicunt relati à Tiraq de retract. titul.1.§.11.gloss.12. num 5, Gomes in l.8.Taur.num.12. Valasc. de iure emphyt.quæst.50 num.3. Molin. de primogen.lib.3.cap.7.num 21. Gregor.in l.5. titul.13. part.6. verbo por cabeças, Mantica de tacitis & ambiguis,lib.23. titul.32.num.4.ad fin.Anton.Marcus Peregr conf.57.lib.3.Clarus §.fæudum quæst.75.num.2. Rojas cap.32.nu.17. Tellius in l. 8. Taur. à princ. Bursa, conf.67.nu.10 lib.1.

11 Cuius quidem opinionis efficacia sunt fundamenta, quod licet olim repræsentatio solum fuerit inducta in successione ascendentium, vt in dict. § cum filius postea tamen in auth de hæred. abintest. §. si igitur 2. & §.si vero extensa fuit,ad successionẽ transuersalium,prout est patrui, vnde sicut prior consideratur in nepotibus diuersis sine cõcursu patrui, sic etiam in hoc casu posteriori cum sit extensio prioris repræsentationis & ad similitudinem ipsius, vers& quia placuit, cum inter hos casus nulla possit assignari differẽtia, imó difficilius debebat cõcedi repræsentatio,contra patruum quam contra patrueles, cum ille sit proximior in gradu in quo consobrinos excludebat.

12 Deinde quia in dict.§ si igitur repræsentatio inducta fuit simpliciter,& sine vlla restrictione, & durum nimis videtur, illam decisionem restringere ad casum, quo cum patruo datur concursus, & non alias, quem sensum iuuat d. auth. post fratres,qui tex. non potest copulatiue intelligi, quia confunditur ex auth. à quo desumptus fuit de hæred.abintest §.si vero,ibi nec fratres sint, nec fratrũ filij, quæ verba illum sensum omnino respuunt, vnde ille versiculus finalis, solet dici quod non est limitatiuus, sed ampliatiuus,vt sentit Gomes d l.8. nu.12.Sonsbec.vbi sup. part.9.nu.107. Dixerat namque Imperator in vers. præcedenti, ius repræsentationis cõpetere fratrum filijs,vt in patrum iura succederent, & quia dubitari poterat an huiusmodi priuilegium illis competeret aduersus cõsobrinos tantum, an etiam aduersus patruum, in quo erat maior dubitatio, ideo subiungit, etiam si cum proprijs Thiois,&c communis ex Menoch cas.68.nu.40.

13 Aliter illum tex. interprætatur,magnus ille vir omni æuo memorandus Rodericus Lopez d'Aueiga olim Primarius iuris ciuilis in Conimbricensis Academia Professor in scholijs ad l. fæminæ ff de reg. iur. quod in eo tex.non agebatur de consobrinis concurrentibus inter se, sed quando concurrebant cum ascendente defuncti, dixerat enim Imper in §. præcedentibus fratrem defuncti ex vtroque latere, succedere insimul cũ ascendentibus defuncti, dubitabatur ergo an sicut frater ex vtroque latere, cum ascendentibus admittebatur, ita & eius filius deberet admitti cũ ascendentibus, ex beneficio repræsentationis,& occurrit Imperator, dicẽs quod repræsentatio habet locum quando cũ Thiois succedunt, non vero quando cum ascendentibus,quia eo casu licet pater succedere posset nulla tamen reperitur filijs cõcessa repræsentatio, licet etiam hoc casu postea concessa fuerit in auth. vt fratrum filij in princip. explicat Cuia. in titulum. C. de legitim hæred 3.tom.fol.481.

Quid autem sit attento iure Regio.

14 PRæsupposito quod Regia Ord. libr.4.titul.91.§.2. non agit de concedenda repræsentatione; nec de successione abintestato,sed tantum de bonis quæ ad filios

ad filios prioris matrimonij pertineт, ex dispositione legis, auth. lucrum ibi lege distribuitur. C. de secund. nuptijs Pinel. in l. 1. C. de bon. maternis. 1. part. num. 38. etiamsi matris hæredes non sint, auth. hæres C. de secund nupt ibi, *hæ res lucro cedunt liberis, licet hæredes non fuerint patris aut matris.* Corneus conf. 303. col. pen. lib. 3. Gabriel. libr. 3 titul. de secund. nupt. conclus. 1. numer. 4. Bursatus conf. 12. num. 4. libr. 1. Grass. in §. successio abintestato. §. 25 num. 5. Cumque non defferantur iure hæreditario, non habet ibi locum repræsentatio, l. de tutella §. si duo ff. de legit. tutel. Bart. in auth post fratres nu. 1. C de legit hæredibus. Gomes in l. 40. Taur. nu. 41. Valasc. de iure emphyt. quæst. 50 ex num. 30 Molin. de primogenit. libr. 3. cap. 6. num. 40. & cap. 8. num. 11. & 13. Peregrin. conf. 39. nu. 21. Vnde fit quod cum succedant ex prouisione legis, nec in stirpes nec in capita succedunt, ex sententia Accursij, vel Azonis.

15 Quare licet in alijs orbis partibus. Liberum sit, hanc vel illam sequi opinionem, tamen in hoc regno necessario tenendum est, consobrinis repræsentationis beneficium competere, etiam inter se, cum hæc opinio fuerit Accursij, & Bartoli locis supra citatis, quos sequi, & quorum sententiam prosequi, & amplecti iubet Regia Ordinat. libr. 3. titul. 64. Cumque Accursius concessisset hanc repræsentationem consobrinis, etiam inter se, pluribus in locis, non possumus ab eius sententia deflectere, huius autem opinionis ille se esse profitetur in gloss. in auth. cessante verb. in stirpes C de legit. hæred & in d. vers si autem defuncto in d. auth. de hæred. abintest. verbo fratres, & verbo parentum, & in dict. § hoc etiam, verbo in capita.

Neque obstat quod idem Accurs. in d. §. hoc etiam, verbo superstites in fine, refert Azonis sententiam, in quo videtur cum illa manere, & illam amplecti; eo enim loci non dicit se illam sequi, licet eam inter alias opiniones citet, cum contrariam aperte sequatur alijs locis vt in lege lege. 12. tabul. C. de legit hæred. vbi se remittit ad ea quæ antea in hoc. §. dixerat, & in hac relatione constat quod idem vtroque loco scripsit, & vltimæ glossæ standum est.

16 Ex quo patet error Bald. conf. 272. dum asserit quod Accursius super institutionum libris vltimo scripserit, cum tamen constet quod primo illi operi incubuit, vt firmat ipsius Accursij filius ex Tiraq. d. gloss. 12. nu. 3. Sonsbec de fæud. part. 9. num. 109. & se vidisse Accursij consilia testatur Bart. conf. 173. libr. 1. ex quibus constat illum huius opinionis extitisse.

17 Deinde in huius rei confirmationem facit quia illa gloss. dict. verbo superstites, nulla Accursij subscriptione fulcitur, prout sunt omnes glossæ quæ ab ipso scriptæ reperiuntur vnde apparet quod dum ibi opinionem Azonis refert, non illud vtiq; effecit, vt eius sententiam probaret, quam alijs reprobauerat locis, sed vt illam, inter alias opinionem referret, vt in emendatis & purgatis à concio codicibus reperitur, quare dicendum non est illum talem sententiam sequutum fuisse.

Quod si tenaciter dicamus, illam gloss. fuisse Accursij, & ab ipso sequutã, sufficit quod pluribus diuersisque locis, contrarium scripserit, & quando inter glossas, diuersæ notantur opiniones, pauciores numero cedunt, ex Mascard. libr. 3. conclus. 1138. num. 16. Menoch. lib. 2. præsumpt. 71. num. 43. Deinde quando pro hac opinione nulla iura citauit, non videtur eam referendo, velle à prima discedere, vt optime declarat Crottus in l. filius. §. diui num. 160. ff. de legat. 1. Surd decis. 167. num. 5. quæ quidem opinio hodie etiam

etiam in stricta disputatione magis communiter recepta videtur cum illis Doctoribus qui illam sequntur de nouo accreuerint, Gomes in l.8. Tau. num.12. & ibi Castillo col. 2. Tellius num.3. Gregor in l 5. verbo por cabeças, titul.13. part.6. Villalobos in Ærario liter.F.num.177. & in Antinomia liter.F.numer.57 Rojas de successio. cap.32. num 17. Molin libr.3. cap.7. num.21. Peres libr 5 Ordinat. l.1. titul. 2. Valasc. dict quæst. 50 num.3. Peregr. de fidei. articul.30 num.25. Zeuallos quæst 221. nu.2.

18 Nec obstant fundamenta quæ in prima quæstione, in contrariæ sententiæ fauorem citaui, & ad primum quod repræsentationis beneficiũ nocebit consobrinis; respondetur, quod illud est per accidens, cum adhuc pluribus casibus possint illo salubri repræsentationis beneficio iuuari. Primo cum manent fratres defuncti ex vno tamen latere coniuncti, vt in terminis dict. §. si autem quem patrueles excludunt, & inter se per repræsentationem succedunt, secundo quando patruum magnum excludunt vt in d. §. si autẽ, vers. illud palam.

19 Nec tandem obstabit quod in hoc regno repræsentationi locus non fuit, quia satisfit quod ex hoc in successione regni repræsentatio admissa non fuit, quia regnum hoc obtinebatur ex concessione regum Castellæ, constat nanque ab Alfonso donatum fuisse Comitij Henrico, & postea Algarabiorum regnum pariter donatum ab Alfonso Sexto; alteri Alfonso Tertio Portugalliæ quo effectum est, vt cesset repræsentatio sicut & in his quæ ex dominica concessione possidentur, docet Bart. in auth. post fratres, numer.2. C. de legit. hæred. Tiraquell. de primogen. quæst. 40. num. 220. Licirier de primogen. libr.1. quæst 25. num.8 Valasc quæst. 50. num.6. Molin. de primogen. libr.3. cap.7 num.13. Auendan dict. gloss.2. num.22. Peregrin cons.39. nu.21.

Atque ex his fundamentis confirmandam duxi Præsidis sententiam cũ Doctore Ferdinando Cabral viro quidem emunctæ naris & eximiæ eruditionis, licet aliter placuerit alijs senatoribus, sicque iudicauimus in alia causa super hæreditate cuiusdam Mathiæ Ribeiro in quo agebat Gaspar Manuel, cum Gaspare Pirez scriba Quintal.

SVMMARIA.



Rinceps suis legibus solum naturaliter legatur. nu.1.

Maxima differentia est inter legem & contractum.

Princeps suo contractu ciuiliter legatur. nu.2.

Interpratata Ordinat. libr. 2. titul. 35. §. 21.

Donationes à se factas Princeps quomodo moderari possit. n.3.

Verba generalia priuilegij comprahendunt omnia quæ sub verborum proprietate continentur. ibi.

Interpratata Ordin. lib. 2. tit. 28. §. 1. n.4.

Diuersa est causa non alienandi acquisita ac acquirenda. ibi.

Princeps non potest contractum cum subdito gestum

gestum mutare.n.5.
Nisi legitima subsit causa.n.6.
Quid quando non adsunt verba ambigua. num.7.
Princeps limitat data causa etiam ex interuallo.ibi.
Contractus vel gestus cum subdito vel cum extero.num.8.
Si cum subdito limitare potest contractum alias secus.
Contraria tamen quod etiam cum extero reuocari possit.
In donatione iurium regalium an fieri possit eadem limitatio.n.9.
Princeps reuocans ex causa suam donationem tenetur compensare illud quod abstulit.ibi.

DECISIO IIII.

An Rex Lusitaniæ inuictissimus teneatur filijs, vel hæredibus eorum qui in belli acie occubuerunt, vel in præfectura arcium apud Indos, seruitia parentum vel prædecessorum exoluere, ita vt eorum filij vel hæredes donationis regiæ culmine frui debeant quibus fruituri essent eorum parentes si viuerent.



CVM apud Indos D.F. Mascarenhas occubuisset, à Regiaque maiestate obtinuisset præfecturam Arcis d'Ormus, & antequã illius administrationem suscepisset diem clauderet extremum, nominauit post se sororem D. Lourentiã da Silua quæ ab inuictissimo Rege Philippo II. petijt illius nominationis cõfirmationem seruitiorumque fratris remunerationem, causa delata fuit ad Senatum commissaque omnibus grauaminum expeditoribus, coram præfecto prætorio inter quos cum ea tempestate essem, notabam sequentia pro negatiua parte.

1 Primo quod pro seruitijs Principi exhibitis, nulla producitur actio, ex qua in iudicio agi possit, quia solum dicitur debitum ex quadam honestate D. Thom.22. quæst.106. art.4. ad 1. & quæst.117. articul.5. ad 1. citat plura iura Pinel. in l.1.de bon. mater. 3.part. à num.60. Cobedo decis.36. 2.p. num.1. & 6.

Secundo quod vbi primum ille cui arcis præfectura concessa est, occubuit, antequam illius esset adeptus possessionem, & gratia sibi concessa vteretur, nihil ad hæredes transmittere potest, quia in ea donatione inest conditio si ipse viuat, & fruatur, arg. l. hæres meus. ff. de conditio. & demonstratio. l.4. ff. quando dies legat. ced. l. dies incertus ff de conditio. & & demonstratio. Iason in l. cum filio numer.4. ff. de legat 1. Costa de successio. regni fol.9. vnde cum mortuus fuerit, extincta fuit gratia, quæ personam illam sequebatur nec ad alias porrigitur.

In cuius rei confirmationem considero, quod si dicamus illam spem esse transmissibilem, ex ratione l.3. Codice de donation. quæ sub modo, §. ex conditionali institutio-

.de verborum.quia is qui acquirit non solum sibi, sed hæredibus acquirere videtur, & prouidere, l. si pactum. ff. de probatio Molin, libr 3. cap 6.num.37. Valasc de iure emphyt. quæst.50 num.44. Oldrad. cons 224. num. 2. Bald. in l. cum antiquioribus Cod de iure delib num. 11. hæc ratio defficit in donatione, in qua nulla stipulatio datur pro se & successoribus, vnde contra iuris regulas Imperator in dict. l 3. Codic.de donatio quæ sub modo actionem accommodauit. Vnde in his quæ quis habet solum ad vitam, vel ad tempus de transmissione agi non potest, l in omnibus. ff de reg. iur. habetur in l.hæres. ff acquir hæred. atque ex ea ratione in maioratibus verius est, non dari transmissionem, quia habentur solum ad vitam possessoris, cuius morte ius perit, & eo mortuo pertinet ad successorem, non ex possessoris transmissione, sed ex primi concessione. l vnum ex familia. ff.de leg 2. vel ex propria vocatione Molin libr. 1. cap 1 numer. 17. ergo non transit illa spes ex Gama decis. 174. numer 20. Molin. dict nu. 17. & libr 3 cap. 6. numer. 29. Costa vbi supra fol 23 nec aliud euincit dict l.3. quia ibi non fuerunt bona donata ad vitam sed perpetuo, & ideo transmissioni locus est, & succedit d. § ex conditionali, sicut in maioratibus Regiæ coronæ licet à Regia donatione procedant, Valasc. dict. quæst. 50. numer. 13. Gama dict. decis. 174. num. 2.

2 Tertio quod hoc debitum morale est, & personale ex vtraque parte, atque ex eo cum persona extinguitur, & ideo nec ad successores regni, nec donatarij transire potest, maxime quando successor donatarij non est habilis ad præfecturam, vt in præsenti prout sentit. l. 20. titul. 4. libr. 4. Ordinat. ibi, *que fueren habiles para ello.*

3 Verum prædictis non obstantibus videtur negari non posse quod Princeps naturaliter teneatur seruitia à subditis sibi, vel prædecessoribus exhibita persoluere, adeo quod maximam iniustitiæ incurret notam si ita non faciat, maxime in hoc regno, in quo adest consuetudo soluendi de q ua Pinel in l.1. 3 part. num 62. illatione 14 sequitur Romanus cons. 29 ex ratione tex. in l iubemus C. de aduocatis diuers. iudicum, ibi, *& filios aduocatorum vel adhuc in tali constitutorum officio, vel eorum qui fisci patronatum deposuerint, superstitum vel mortuorum, extraneis ad idem officium accedentibus anteponi, eique gratis & sine sumptibus sociari, si & ipsi prout dispositum est solito tempore legum doctrinam meruerint.* l. nemini vers filios autem. Cod. de aduocat. diuers. iudicior prosequitur Matienço l. 5. titul. 10. gloss 3. libr 3, recopilat. Licet enim in seruicijs Principi exhibitis, non consideretur legale debitum, ex quo in iudicio agi possit, tamen in ipso seruitio inest quædam debiti ratio, seu consideratio quæ gratiam excludit, & donationem, ex Thom. 22. quæst 106. articul 1 ad 2. communis expositorũ ibid. Doctores in l si pignore. ff. de furtis, vbi talis obligatio debitum appellatur, & dicitur morale agnoscit Cabed. decis. 36. num. 7. quod quidem debitum obligat ad solutionem, & peccatum, ex Thoma vbi supra quæstion 107. artic. 1. & ideo tale debitum necessariũ vocat Aragon. de iustit. & iure quæstio. 58 articul. 5. idem Thom. quæst. 106. articul. 6. Couar. in cap in officijs de testament. numer. 9. vers. qui & ingratitudinem, Rebello part. 2. de obligatio. iustit. quæst 9. Atque ex his rationibus recipitur, quod concessa in satisfactionem seruitiorum, reputantur inter acquisita titulo oneroso, & pecunia comparata, vt per Tiraquell. in l. si vnquam, verb.

donatione à num.14. Capi. decis.121. numer.15. Palat. in repetit. rubr. §. 50. Suares allegat. 9. cum pluribus citatis à Pinel. in rubr. Cod. de rescind. 1. part. cap.2. ad fin. & in l.1. Cod de bon. mater. 3. part. num. 62. illat 16. Hinc etiam oritur vt donationes remuneratoriæ inter virum & vxorem factæ, sint validæ, quamuis obsequia quæ remunerātur, nō deposcāt remunerationem ex lege iustitiæ sed gratitudinis, vt dicitur l. Aquilius regul. ff. de donationibus. l.1. & l. si pater. §. final ff. eod. titul. probantque Couar. in titul. de testamentis cap. cum in officijs num. 9. Tiraq. in l si vnquam, verbo donatione largitus num. 16. Cod. de reuocat. donat. vbi multos refert, Menoch. de præsumpt. præsumpt. 167. num.31.32. & 33. Iul. Clarus lib.4. receptarū § donatio. quæst.3. in initio Abb in Rubr de donationibus num 3. & Molin. tom. 1. de iustitia disp. 244. colum. 1054.

4 Vnde non infæliciter tentari potest, quod supposita hac morali obligatione, & supposita consuetudine regni, quod hodie etiam contra principem datur efficax obligatio, maxime si talia seruitia sint, quæ non solent Principi exhiberi, in recognitionem supremæ dignitatis, ad quæ quilibet subditus, tenetur, prout est hostium irruentium in cursui pro patriæ salute occurrere, vel similia exhibere, quia ad hæc opera omnes hypothecati nascimur patriæ, sed continent operas quibus dignitas Regia magis elucescit, dum noua debellantur regna, vel dum ad indos instructa classe mittitur vassalus, cum maximæ personæ, & rerum periculo, in quo seruitio magis contractus tacitus vtriusque partis, & conuentio consideratur, quam mera seruitij exhibitio, in quibus omnibus vel contractus, vel quasi datur ex quo efficax nascitur actio ad agendū gloss. in l. sed etsi lege. §. consuluit. verbo obligauerint. ff. de petit. hæred. gloss. in l. ex hoc iure, verbo obligationis ff. de iustit vbi Bart. num 11. Quæ interpretatio regno regibus, & regiæ dignitati maxime conueniens est, si enim homines scirent reges nullatenus adstringi ad seruitiorum exhibitorum solutionem, quis arma moueret, quis classem instrueret, quis in tam remotis regionibus Christi optimi Maximi fidem factis, & victorijs extenderet, cum tanta maurorum & gentilitatis strage, vt apud Indos factum nostra testantur annalia; vnde in seruitijs primi ordinis, si princeps illa non soluerit, ex eo solum, peccatum ingratitudinis incurreret, quod in genere suo non est mortale, potest tamen ex accidenti effici mortale, ex D. Thom. 22. quæst. 107. articul. 3. prout fiet quādo princeps taliū seruitiorum, pro quibus non datur actio, remunerationem denegauerit, in seruitijs autem secundi ordinis, qui extra naturalis obligationis casus, exhibentur, non soluendo, statim peccabit, & poterit contra illum tanquam pro debito in iudicio experiri, sicque disposuit. l. Castellæ. 41. inter pragmaticas Indianas, quam valde commendat Matienço in l.5. titul.10 gloss.1. numer. 2. Guilelm. in cap. Raynutius, verbo & vxorem 3. num. 6. optime Abb in cap. sicut de iureiurand. nu vltim. Platea in l. fin. §. erit autem in fin. libr.12. de re milit. Cabed. decis. 36. numer. 55. Alciat. respons. 98. facit illud 3. Regum cap. 2. vbi Dauid in suo testamento Salamoni iniunxit inter alia quod filijs Berselai Galaditis redderet gratiam, ibi, *Filijs Berselai reddes gratiam eruntque cōmedentes in mensa tua occurrerunt enim mihi quando fugiebā à facie Absalon fratris tui.* In quo quidem satis apparet quód ex seruitijs Regi exhibitis nascitur actio quæ etiam ad filios trāsit quibus Dauid soluere præcipiebat, cum tamen solus pater inseruierit

seruierit Regi, patet 2. Regum cap. 19. ibi, *Erat autem Galadites senex valde, & ipse præbuit alimenta Rege cum morare in Castris quippe vir dives nimis*. Nec obstabit quod verba sunt gratiæ potiusquam iustitiæ, ibi reddes gratiam, quia respondetur, quod seruitia Principi exhibita illud habent peculiare, quod ampliorem satisfactionem promerentur, quam de rigore debeatur, vnde ibi gratia, respicit excessum donationis, seu remunerationis, quasi dixerit non soluas tamen quæ expendit, sed gratiã facias, & super exoluas, D. Thom. 22. quæst. 106. art. 6. ad 2. adhoc videtur attendisse Hypodamus in sua lege qua continebatur quod filij militum qui in expeditione belli occubuerant, publicis expensis alimenta susciperent, ne videretur parentibus fructus suorum laborum cũ ipsis interituros, nec ad filios extendi pluribus confirmat Marques del gouernador Christiano libr. 2. cap. 3. in fine.

5 Ex quibus senatui placuit quod cum in præsenti D. Laurentia nominata fuerit à fratre, ad præfecturam arcis, licet non potuerit ex vi nominationis ius in specie acquirere, ad dict. præfecturam assequendam, nec in hoc casu aliqua posit considerari transmisio, tamen quod ad ipsam tanquam ad hæredem transit actio, pro remuneratione seruitiorum fratris, assequenda, ita vt Rex debeat ex tali obligatione ipsi præfecturam assignare, ad eius filiam seu potius ad virum cui ipsa nupserit, argument. eorumque Valasc. cons. 154. nu. 15.

Cui resolutioni non obstant quæ supra in contrarium ponderabam, nam ad primum satisfit quod hæc seruitia, sunt non primi, sed secundi ordinis, pro quibus efficax dari vinculum probabilius puto, supposita regni consuetudine & quasi contractu inter vassalum & Principem celebrato vt per supracitatos.

6 Ad secundum de transmisione respondetur quod licet verum sit hoc casu, nec nominationem nec transmisionem posse admitti, tamen quando Princeps aliquod vassalo pro seruitijs iam coronæ factis præmium elargitur, quo ipse frui non potest, priusquam decedat, adhuc ad filios vel legitimos hæredes, illa eadẽ obligatio transit, ex l. 1 & 2 C. de filijs official. lib. 2. & in Hispania est l. 10 titul. 4. lib. 6. nouæ collectio, vbi Azeued. & l. 20. titul. 3. lib. 4. ordinam. vbi Peres verbo Sus hijos, vbi adducit illud. 3. Regum, *Verumtamen in diebus tuis non faciam propter David patrem tuum*, & Psalmo 36. *Non vidi iustum derelictum nec semen eius quærens panem*. Matienzo l. 5. titul. 10. lib. 5. recopilat gloss. 3 num. 2. Gregor. l. 2. titul. 15 part. 2. gloss. verbo Sino el fijo mayor, vers. tene menti; hoc enim casu donatio à Principe facta in remunerationem, transit in contractum irreuocabilem, ex Roman cons. 436. num. 14. Roland. cons. 76. numer. 13. vol. 2. Natta cons. 122. num. 14. vol. 1. Soares alleg. 7. num. 8. Menoch cons. 2. num 136. Bursa cons 160. lib. 2. num. 33. & regulatur acsi pro pecunia esset facta, cap. propter ingratitudinem de donatio. Roman. d. cons 436. Ruynus cons. 217. libr. 1. Gabriel. lib 3. de iure quæsito, conclus. 6. num. 6. & 7. Natta cons. 242. num. 3. vol. 2. & ideò requirit vt habeat effectum consummatum, & quæratur donatario, alias durat adhuc eadem ratio, & menti concedentis, & partis remunerationi satisfactum non est, ex Tiraq. §. hoc sermone. l. boues limit. 6. num. 1. & 8. limit. 9. Cabed. 1. part. arest. 94. pro quo est tex. in l. vlt. C. de filijs official. libr. 12. vt per Cuiatium ibi, & licet Gregor. in l. 2. titul. 15. part. 2. in gloss. Sino el fijo, & Matienzo in d. l. 5. titul. 10. gloss 3. nu. 2. teneant, quod patrũ seruitia nõ defferuntur, iure hæreditario

ſed ſanguinis, cum ad primogenitum ſpectent, tamen ille tex. procedit in re indiuidua quæ ad maiorem natu deffertur, ſeruitia autem dicuntur eſſe in bonis defuncti vt de illis diſponat inter hæredes, & ideo iure hæreditario defferuntur.

7 Nec obſtabit tertium quod hoc debitum eſt ex vtraq; parte perſonale, quia reſpondetur imó cõtrarium eſſe verius quia ex parte Principis reſpicit Regiam dignitatem, quæ non moritur, argum. cap. ſi gratioſe de reſcript. libr. 6. contractusque Regum ſucceſſores legant Cabed. decis. 19. 2. part. debitumque illud licet morale tantũ ſit, habet ſuam latudinem vt ſicut primo reſpicit perſonam vaſſali, ſic ſecundo intuetur eius hæredem, qui defunctum repræſentat, quia cenſetur illa conditio à principio ineſſe, ſibi enim & ſucceſſoribus hominis inſerunt ſeminantque, vt filij vel nepotes metant, hæc ſpes laborem leuat vires ſubminiſtrat, & exilio dulcedinem iniungit, & licet non adſit promiſsio explicita, tamen ineſt naturalis & implicita, quæ naſcitur ex conſuetudine recepta, vt cum illo reſpectu ſubditi Regibus inſeruiant, hæcque ſatisfactio cenſeri debet acquiſita titulo oneroſo, ex doctrina Matienz. in dict. gloſſ. 1. num. 2. adeo vt non ſolum ſatisfactio ſeruitiorum tranſire videatur, ſed & ius ad illud idem munus, & officium vel præfecturam vt in capitaneis nauium Indiarum qui vi tempeſtatis curſum ſuum non perfecerunt quod illa eadem præfectura ſequenti anno fruantur Valaſc. conſ. 154. nu. 15.

SVMMARIA.



Aioratus an in perſona filiæ inſtitui poſsit. n. 1.

Filij poſiti in conditione an cenſeantur in diſpoſitione vocati. n. 2.

Subſtitutio concepta in caſum ſi ſine liberis deceſſerit euaneſcit illis ſuſceptis, ibi.

In maioratibus deſſiciente expreſſa voluntate illam ex argumentis colligimus. nu. 3.

Coniectura inſtituendi maioratum eſt ſi teſtator ad diuerſos ſubſtitutionum gradus procedat. ibi.

In maioratibus Hiſpaniæ filij poſiti in conditione cenſentur poſiti in diſpoſitione, ibi.

Proximitas de iure Regio conſideratur cum reſpectu ad vltimum poſſeſſorem. n. 4.

Pater non præfertur in maioratu niſi quando ſe mota patris conſideratione eſſet præferendas, nu. 5.

Si pater admitteretur peruertetetur ſuccedendi ordo, & de vna linea ad aliam fieret tranſitus. n. 6.

Deinde pater duos habens filios mortuo primo qui iam ſucceſſerat in maioratu ipſe ſecundum excluderet. n. 7.

Soror ex vno latere præfertur ſorori ex vtroque in maioratu & quando.

Deinde admiſſo patre maioratus aſcenderet, & non deſcenderet. nu. 8.

Intellectus Ordinat. libr. 4. titul. 100. §. 2. quod procedat in tranſuerſalibus non deſcendentes ab inſtituente.

DE-

DECISIO .V.

An pater in maioratu succedat filio tanquam proximior agnatus, iuxta Ordinat. libr.4. titul. 100. *§.* 2.

IN processu inter Rodericum de Pino, contra Nunaluarez Pereira, controuertebatur super institutionis viribus & succedendi forma, ex illius enim verbis prius vocabantur fæminæ, & in earum deffectum masculi, non expressa sed tacita vocatione, *Não tendo minha sobrinha filha ou filho ao tempo de sua morte succederà sua irmãa & seus filhos.* Consobrina in maioratu succesit nupsitque d. Nunaluarez Pereira à quo filium suscepit, qui mortua matre paulò post ipsius obitũ pariter, occubuit; cui pater succedere studebat eoquod consanguineus primæ instituentis erat, & filio proximior ea causa, exclusa altera sorore vxoris suæ, quæ se legitimam successorem, vltimoque possessori proximiorem ex instituentis sanguine asserebat.

Dubitabatur an maioratus stare posset in quo vocabantur fæminæ, cũ non in conseruationem familiæ, sed in eius tenderet destructionem ex his quæ Gregor. & alij infra citandi.

Deinde an ex illis institutionis verbis, perpetuum fideicommissum induci posset, cum filij primo vocati, reperiantur tantũmodo positi in conditione non vero in dispositione.

Vltimo an pater tanquam proximior filio esset præferendus.

1 Circa primum, quæstionem affirmatiue resoluit Gregor. in l.39. tit. 9.part.6. Burgensis in proæmio legum Tauri à nu.43.& 66. Soares in l quoniam fol.80. Pallatius in rub. §.69. à nu.24. Tiraq. de primogen. quæst.18. licet Paris. incapaces eas asserat lib.4. cons 72 num.78. nec recte aduertisse videntur qui asserunt nostram familiam fæminis non conseruari, loquuntur enim contra expressa iura vt habetur in l. liberorum. ff. de verborum sign. ibi, *Idcirco filios filiasnè concipimus, atque edimus, vt ex prole eorum earumuè, diuturnitatis nobis memoriam relinquamus*; facit l. voluntas.4.C de fidei, licet aliqui eam intelligant de filia nondũ nupta, nam lex generaliter loquitur, & succedit reg l.1. §. generaliter ff de legat præstand. vt videntur agnouisse ibi Bald & Paulus, neque matrimonium potens est agnationem tollere, §. item vetustas instit. de hæred quæ abintestat. Curtius senior cons. 63. nu. 17. Decius in l. fæminæ. ff. de reg. iur. num.71. Pinel. in l.3. C. de bon. mater. nũm.30. Ex quo fit quod maioria in persona filiæ recte valeat institui, quando institutor sit fæmina, vel ex alia causa familiam fæmineam masculinæ præferendam duxerit.

2 In secundo dubio trita est quæstio an filij positi in conditione censeantur ex dispositione vocati, de quá gloss. in l. Lucius. ff. de hæred. instit. teste Ripa in l. centurio. ff. de vulgar. num.159. Curtius Senior cons.42. nu. 16. Couar. in cap. Raynutius. §.3. nu.2. Pelaes lib.2. quæst.5. num.18. Pinel. in cons. pro Sancio de Cordoua num.32. Paris. libr.2. cons.89. nu.7. & cons.56. num.13.& cons.31. nu.4.

Vnde in præsenti quæstione videbatur perpetuum fideicõmissum nullo modo induci posse, cum potius sit tẽporale, in personis primo vocatorũ,

vt scilicet decedente consobrina sine filijs, fideicommissum perueniat ad sororem, sub illa conditione, si sine filijs moriatur, quæ impleta non fuit cum tempore mortis filius extiterit, quo dato substitutio euanuit, nec vlla perpetua vocatio est qua soror eiusq; descendentes in perpetuum admitti debeant, & succedit reg. gloss. dict. l. Lucius, & quæ Ripa vbi sup Vbertin. in l. 1 C de pact. Socin. in l. cum auus à num. 111. ff de condit. & demonstrat. Costa in §. posthumus instit. de legat. num. 14 vers hinc etiam, Portius libr. 2. commun. conclus 12 fol 623. Pelaes libr. 2. quæst 5. num. 18. late Gabriel cons. 115 nu. 1. & 9. Alex de nouo cons. 18 num. 1 & 2. Menchac de successio. creat. §. 26. à num. 87. & de successio. progress §. 4. num. 3. Menoch. libr 4. præsumpt. 89 nu. final.

Vnde cum illa verba solum euincant, vt si consobrina sine filijs decederet, eius soror admitteretur, ipsa cũ filijs decedente, vtique expirauit substitutio, reíque mansit libera, ab omni fideicommissi vinculo, ad cuius successionem pater admitti potest, ex Menoch præsumpt. 76. lib. 4. nu. 14.

3 Verum quia in maioratibus instituendis, quando non expressa adest voluntas, ipsam ex argumentis colligimus, de quo latissime egerunt Gama decis. 224. num. 9. & decis. 27. num. 3 vbi Flores num 6. idem Gama decis 30. & 286. & 40. Valasc. cons 82. num 5. Molin. de iustitia tom. 3. disp. 576. num 15. & inter coniecturas voluntatis maioratus instituendi est, vt testator ad diuersos substitutionum gradus procedat, Menoch d præsump. 76. num 53. cum prohibitione alienationis perpetua, Valasc. d cons. 82. nu. 7. Gama decis. 30. num. 20. Menoch de arbitrar. cas 496. num. 9. quæ in præsenti testamento aderant, non dubitamus maioriam censeri institutam, attentis his quæ Menoc. d. præsump. 76. nu. 25. vbi tres refert opiniones circa coniecturas, quibus maioratus institutus censetur, quarum prima est, vt concludentes sequirantur iuxta opinione Alexan. cons. 202. libr. 7 Secunda quod sufficiant leues, ex Ruino & Parisio relatis ibi n. 26. Tercia quod totũ illud committatur iudicis arbitrio, quæ fuit Socin. Senior in l. cum auus in fine ff de condit & demonst. idẽ Menoch de arbit c. 148. à princ. vnde cum sufficientes adsint coniecturæ, quod maioratus institutus fuerit, succedit Molin. opinio recepta, quod in maioratibus Hispaniæ filij in conditione positi censentur esse in eadem dispositione, lib. 1. cap. 6. n. 1. Meno. de præsump. 76. nu. 48. 56. & 57. Et fuit Anchar. cons. 74. quem sequitur Alex. cons. 64 lib. 5. col. fin. Paris lib. 2. cõs. 56 n. 27. in vltima quæstione, an pater sit præferendus in successione maioratus pro affirmatiua, stat Regia ordi. lib. 4. tit. 100. §. 2. vbi sola proximitas attenditur cum respectu ad vltimũ possessorem, deducta ex doctrina Socini in l. si cognatis n. 30. ff. de rebus dubijs. Cum enim de iure communi controuersum esset, an proximitas esset metienda ab vltimo possessore, an vero à primo instituente, de cuius bonis agebatur, & huic vltimæ parti adhæserint plures Doct. Motti ex l. cohæredi. § cũ filiæ ff. de vulgar, quia ab ordinante illa successio diriuatur ab ipsoque fluit, l. vnum ex familia §. 1. ff. de leg. 2. inter quos fuit Ias cons. 215. volu. 2. Decius cons. 1. & 546. col. vlt. Ruinus cons. 142. n. 15 Paris Menoch, & plures quos citat peregri. de fidei art. 20. n. 2. Couar. pract. cap. 38. n. 3. Valasc. d. q. 50. n. 34. tamen contrariam plures amplexi sunt Motti ex l. cum ita §. in fideicõmisso. ibi, *Et qui ex his proximo gradu procreati sunt*. ff. de leg. 2. Socin. d. n. 30. & cons. 294. n. 11. vol. 2. Deci. cons. 506. n. 3. & 445. n. 19. Rolandus cons. 100. n. 10. Clarus in §. testamentum

tum

tum quæst.76.nu.14. Rotta Romana in nouissimis libr 1. decis 72. Molin. libr.3.cap.9 num.12. Peregrin d artic. 20.num.2.vers.contrarium, Meres de maior.2.part quæst 8. Gutierr. libr.3. practic.quæst.66. num.7.& 11 Gama decis.7.& 203.ex num.7.Valasc.cons. 121 num.9.& 10 Cui opinioni nostra Ordinat.Regia adhæsit vt in maioratibus sequeretur ordo successionum abintestato, iuxta l.fin. C de verbor. signi. cum quo se primus instituens conformare censetur, iuxta doctrinā Bart.in l si duo.ff.de acq hæred.

4 Cum ergo Ordinatio Regia in maioratus successione,proximitatem vltimi possessoris solum attendat, dummodo proximior de sanguine institutoris sit, nec requirat vt ab eo descendat,necessario fatendum est parentem esse filio proximiorem, & præferendū cæteris agnatis, Valasc. dict. num 38. Menoch pro triuultijs nu.128. Molin. cap 3.num.15.& cap.6. num.47.libr.1. Gam.decis.258.num.4. Costa de successio.regni fol.131.constat autem patrem esse cum filio in primo gradu lineæ ascendentis, l. 1. in princip.ff.de gradib §.secundo gradu instit eod l.3. titul.6.part.4.Matien l.7.titul.11 glos. 5.nu.7.lib.5.

5 Cæterum his non obstantibus contrarium videtur verius, nempe quod proximitas vltimi possessoris sit metienda ex sanguine & gradu, nulla habita paternitatis consideratione,ita vt pater tunc præcedat quādo se mota patris consideratione esset admittendus,explicat Gregor. l.4.titul.13.part. 6.gloss.5.& l 2.titul.15.part.2. Auend. in l.8.Tauri gloss 3 ad fin.faciunt quæ in nominatione resoluit d.pater meus quæst. 12. num.28. in matre, Cabed. decis.34.num.9. Costa de successione regni fol.131.pro quo est optimus tex. in l.debitor §.vltim.ff. ad Trebell. vbi cum quæreretur an mater teneretur restituere fideicōmissario, illud quod non receperat ex testamento, sed ex stipulatione, inquit quia non quasi hæres,sed quasi mater illam portionē ex pacto acceperat.l.cum pater.§.cum inter.ff. de legat 2. Gama decis.258. nu.4. Flores decis.259.Surd.cons.120. num.13.

In cuius rei confirmationem considero, quod maioratus successio non ascendit,sed descendit,& ideo matrem non pertingit, l. Iurisconsultus § gradus.ff.de grad Gregor. l.4. tit.13 part. 6.gloss.1. Molin.libr.3.cap.6.num 29. Auendan l.6. Taur gloss.7. num.6. Aluarad.lib 2.coniectur. cap.3.§.3 nu. fin Matienzo gloss 3.l.1. titul.8. nu 11. & gloss.5 num.2 lib 5. nouæ collectio. Non inficiabor tamen,quod mater nō excluditur simpliciter, quia si ipsa proximior sit cognata filio, ipsa procuIdubio admittetur, exclusis alijs, quia tunc maioratus non dicitur ascēdere proprie, sed secundum quid, & materialiter, dum quærit descendentem á primo quem tamen inuenit ascendentem vltimo possessori, quæ qualitas cum ibi sit impertinens non consideratur, quia formaliter mater vt descendens sibi locum facit, cum remota maternitatis consideratione admittatur, vnde quando mater non est posita in linea successibili admitti non potest, ex eo quod ascendens sit quia ex eo latere non succeditur, sed ex alio, respectu enim filij solum habet mater ius cognationis, princ.inst. ad S.Consult.Tertull.§.vulgo quæsitis instit. de successio. cognator. l. hac parte.l.si spurius ff.vnde cognati,& in princ. vers. sunt autem instit de legit. agnator.tutel Et licet verum sit quod hodie sublata est differentia in successionibus abintestato,inter cognatos & agnatos, qui æqualiter admittuntur, auth. de hæreditatibus abintestato. §. nullam col.9. tamen adhuc in aliquibus casibus ex consuetudine vel ex testamento non consideratur qualitas cogna-

beneficio repræsentationis fruuntur, sed etiam quando cum Thiois concurrunt, à fortiori ergo inter se, quia cum æquales fiant his qui eos præcedunt gradu, per repræsentationem, maiori cum ratione præferentur his quibus sunt æquales. Quia respondetur quod cum Imperator in toto.d §. si igitur de nullo alio egisset, nisi quod patrueles cum patruo debent admitti, manifeste apparet quam absurdum est dicere, quod in fine illud idē repetit, quod supra dixerat ampliatiue in vers. sed & ipsis.

6 Nec insuper obstabit si intelligatur ille.§. quod agit de concursu. cū ascendentibus defuncti, iuxta decisionem §. si autem subsequenti qui aduersatiue loquitur ad § præcedentem, quia replicari potest quod voluit, ibi Imperator excludere repræsentationem omni casu quo patrueles ex diuersis fratribus, nullo concurrente Thioo succedūt ex propria persona, vt explicat aperte d. §. sed & ipsis.

7 Nec aliud euincit vers. illud palam in d.§. si autem vbi consobrini admittuntur per repræsentationem, vt excludant Thioum defuncti, ex quo sequitur quod sit locus repræsentationi etiam quando cum Thioo nō concurrunt respondetur enim, quod dispares sunt termini, nam cum Imperator concessisset beneficium repræsentationis fratrum filijs, cum Thiois fratribus patris sui, ostendit quod maiori cum ratione illis competere debebat, aduersus defuncti tios, sicque ab speciali videtur hinc contrariam sententiam posse probari, quod repræsentatio locum nunquam habet, nisi fiat cum Thiois concursus vel illi sint defuncti patrui vel patruelium.

8 Nec huic sensui obstant verba Auth. post fratres, C. de legit. hæred. quia debent exponi copulatiuè, & nō discretiuè, vt ostendit coniunctio; &, qua tex. vtitur, vnde etiam verba auth. de hæredib. abintest. §. si vero neque fratres col. 9 ibi si vero neque fratres, neque filios fratrum, &c. debent exponi copulatiuè, quando cōcurrunt insimul fratres, & fratrum filij, non alias, vt colligitur ex eodem tex. ibi sicut diximus quæ referuntur ad casum quo filij fratrum concurrunt insimul cum defuncti fratribus.

9 Licet autem hæc opinio sic iure, & rationibus fulciatur, non desunt qui sententiant, contrariam esse magis communem, pro qua videtur tex. expressus in dict. § si autem defuncto, vers. vnde consequens, in dict auth. de hæred. ab abintest. col. 9. vbi consobrini repellunt fratres defuncti, ex vno tamen latere, vt præponantur proprijs Thiois, sicut pater eorum præponeretur si viueret, & ipsi exclusis Thiois in stirpes succedūt repræsendo patrē; igitur etiā inter se repræsentantationis priuilegio fruuntur, ibi quēadmodum & pater eorum præferretur si super fuisset, Accurs in d. § si autem, verbo fratres Bart. in l liberorū nu. 15. ff. de verborū signi. facit deinde d §. si autem, vbi conceditur repræsentatio, quando vnus solus patruus defuncti superest, qui dicitur patruus magnus, qui est in tertio gradu, & vna fratris filij in eodem tertio gradu, & hi excludunt patruum defuncti, per repræsentationem, ergo manifeste patet quod datur repræsentatio extra concursum patrui, vt sentit Azo siquidem in hoc casu datur cum patruo magno, & sine concursu aliquo quia ipsi penitus exclusi sunt, explicat ibi gloss. verbo si etiam sonsbee de fæud 3. part. conclus. 6. num. 102.

10 Et pro hac opinione est authoritas Accursij in verbo fratres in d. § si autem, & scholio fin. in d. l. lege. 12. tabularum, & in auth. cessante. C. de legit. hæred. & in l. 1. §. vlt. verbo vt puta. ff. si pars hæreditat. & fuit Bart. in l. 2. §. hæreditas, ff. de suis & legitim. &

in l.

in d.l. liberorum nu. 15. ff. de verbor. signi. & conf. 171. libr 1. cuius ipse meminit in d. §. hæreditas in fine commu nem dicunt relati à Tiraq de retract. titul. 1. §. 11. gloss. 12. num 5. Gomes in l. 8. Taur. num. 12. Valasc. de iure emphyt. quæst. 50 num. 3. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 7. num. 21. Gregor. in l. 5. titul. 13. part. 6. verbo por cabeças, Mantica de tacitis & ambiguis, lib. 23. titul. 32. num. 4. ad fin. Anton. Marcus Peregr conf. 57. lib. 3. Clarus §. fæudum quæst. 75. num. 2. Rojas cap. 32. nu. 17. Tellius in l. 8. Taur. à princ. Bursa. conf. 67. nu. 10 lib. 1.

11 Cuius quidem opinionis efficacia sunt fundamenta, quod licet olim repræsentatio solum fuerit inducta in successione ascendentium, vt in dict. §. cum filius postea tamen in auth. de hæred. abintest. §. si igitur 2. & §. si vero extensa fuit ad successionẽ transuersalium, prout est patrui, vnde sicut prior consideratur in nepotibus diuersis sine cõcursu patrui, sic etiam in hoc casu posteriori cum sit extensio prioris repræsentationis & ad similitudinem ipsius, vers & quia placuit, cum inter hos casus nulla posit assignari differẽtia, imó difficilius debebat cõcedi repræsentatio, contra patruum quam contra patrueles, cum ille sit proximior in gradu in quo consobrinos excludebat.

12 Deinde quia in dict. §. si igitur repræsentatio inducta fuit simpliciter, & sine vlla restrictione, & durum nimis videtur, illam decisionem restringere ad casum, quo cum patruo datur concursus, & non alias, quem sensum iuuat d. auth. post fratres, qui tex. non potest copulatiue intelligi, quia confunditur ex auth. à quo desumptus fuit de hæred. abintest. §. si vero, ibi nec fratres sint, nec fratrũ filij, quæ verba illum sensum omnino respuunt, vnde ille versiculus finalis, solet dici quod non est limitatiuus, sed ampliatiuus, vt sentit Gomes d. l. 8. nu. 12. Sonsbec. vbi sup. part. 9. nu. 107. Dixerat namque Imperator in vers. præcedenti, ius repræsentationis cõpetere fratrum filijs, vt in patrum iura succederent, & quia dubitari poterat an huiusmodi priuilegium illis competeret aduersus cõsobrinos tantum, an etiam aduersus patruum, in quo erat maior dubitatio, ideo subiungit, etiam si cum proprijs Thiois, &c communis ex Menoch cas. 68. nu. 40.

13 Aliter illum tex. interpræta tur, magnus ille vir omni æuo memorandus Rodericus Lopez d'Aueiga olim Primarius iuris ciuilis in Conimbricensis Academia Professor in scholijs ad l. fæminæ ff de reg. iur. quod in eo tex. non agebatur de consobrinis concurrentibus inter se, sed quando concurrebant cum ascendente defuncti, dixerat enim Imper. in §. præcedentibus fratrem defuncti ex vtroque latere, succedere insimul cũ ascendentibus defuncti, dubitabatur ergo an sicut frater ex vtroque latere, cum ascendentibus admittebatur, ita & eius filius deberet admitti cũ ascendentibus, ex beneficio repræsentationis, & occurrit Imperator, dicẽs quod repræsentatio habet locum quando cũ Thiois succedunt, non vero quando cum ascendentibus, quia eo casu licet pater succedere posset nulla tamen reperitur filijs cõcessa repræsentatio, licet etiam hoc casu postea concessa fuerit in auth. vt fratrum filij in princip. explicat Cuia. in titulum. C. de legitim. hæred. 3. tom. fol. 481.

Quid autem sit attento iure Regio.

14 PRæsupposito quod Regia Ord. libr. 4. titul. 91. §. 2. non agit de concedenda repræsentatione, nec de successione abintestato, sed tantum de bonis quæ ad filios

ad filios prioris matrimonij pertinēt, ex dispositione legis, auth. lucrum ibi lege distribuitur. C. de secund. nuptijs Pinel. in l. 1. C. de bon. maternis. 1. part. num. 38. etiamsi matris hæredes non sint, auth. hæres C. de secund nupt. ibi, *hæ res lucro cedunt liberis, licet hæredes non fuerint patris aut matris.* Corneus cons. 303. col. pen. lib. 3. Gabriel. libr. 3 titul. de secund. nupt. conclus. 1. numer. 4. Bursatus cons. 12. num. 4. libr. 1. Grass. in §. successio abintestato. §. 25 num. 5. Cumque non defferantur iure hæreditario, non habet ibi locum repræsentatio, l. de tutella §. si duo ff. de legit. tutel. Bart. in auth post fratres nu. 1. C de legit hæredibus. Gomes in l. 40. Taur. nu. 41. Valasc. de iure emphyt. quæst. 50 ex num. 30 Molin. de primogenit. libr. 3. cap. 6. num. 40. & cap. 8. num. 11. & 13. Peregrin. cons. 39. nu. 21. Vnde fit quod cum succedant ex prouisione legis, nec in stirpes nec in capita succedunt, ex sententia Accursij, vel Azonis.

15 Quare licet in alijs orbis partibus. Liberum sit, hanc vel illam sequi opinionem, tamen in hoc regno necessario tenendum est, consobrinis repræsentationis beneficium competere, etiam inter se, cum hæc opinio fuerit Accursij, & Bartoli locis supra citatis, quos sequi, & quorum sententiam prosequi, & amplecti iubet Regia Ordinat. libr. 3. titul. 64. Cumque Accursius concessisset hanc repræsentationem consobrinis, etiam inter se, pluribus in locis, non possumus ab eius sententia deflectere, huius autem opinionis ille se esse profitetur in gloss. in auth. cessante verb. in stirpes C de legit. hæred. & in d. vers si autem defuncto in d. auth. de hæred. abintest. verbo fratres, & verbo parentum, & in dict. § hoc etiam, verbo in capita.

Neque obstat quod idem Accurs. in d. §. hoc etiam, verbo superstites in fine, refert Azonis sententiam, in quo videtur cum illa manere, & illam amplecti; eo enim loci non dicit se illam sequi, licet eam inter alias opiniones citet, cum contrariam aperte sequatur alijs locis vt in lege lege. 12. tabul. C. de legit hæred. vbi se remittit ad ea quæ antea in hoc. §. dixerat, & in hac relatione constat quod idem vtroque loco scripsit, & vltimæ glossæ standum est.

16 Ex quo patet error Bald. cons. 272. dum asserit quod Accursius super institutionum libris vltimo scripserit, cum tamen constet quod primo illi operi incubuit, vt firmat ipsius Accursij filius ex Tiraq. d. gloss. 12. nu. 3. Sonsbec de fæud. part. 9. num. 109. & se vidisse Accursij consilia testatur Bart. cons. 173. libr. 1. ex quibus constat illum huius opinionis extitisse.

17 Deinde in huius rei confirmationem facit quia illa gloss. dict. verbo superstites, nulla Accursij subscriptione fulcitur, prout sunt omnes glossæ quæ ab ipso scriptæ reperiuntur vnde apparet quod dum ibi opinionem Azonis refert, non illud vtiq; effecit, vt eius sententiam probaret, quam alijs reprobauerat locis, sed vt illam, inter alias opinionem referret, vt in emendatis & purgatis à concio codicibus reperitur, quare dicendum non est illum talem sententiam sequutum fuisse.

Quod si tenaciter dicamus, illam gloss. fuisse Accursij, & ab ipso sequtā, sufficit quod pluribus diuersisque locis, contrarium scripserit, & quando inter glossas, diuersæ notantur opiniones, pauciores numero cedunt, ex Mascard. libr. 3. conclus. 1138. num. 16. Menoch. lib. 2. præsumpt. 71. num. 43. Deinde quando pro hac opinione nulla iura citauit, non videtur eam referendo, velle à prima discedere, vt optime declarat Crottus in l. filius. §. diui num. 160. ff. de legat. 1. Surd decis. 167. num. 5. quæ quidem opinio hodie etiam

etiam in stricta disputatione magis communiter recepta videtur cum illis Doctoribus qui illam sequuntur de nouo accreuerint, Gomes in l.8 Tau. num.12. & ibi Castillo col. 2. Tellius num.3. Gregor in l 5. verbo por cabeças, titul.13.part.6. Villalobos in Ærario.liter.F.num 177.& in Antinomia liter.F.numer.57 Rojas de successio. cap.32. num 17. Molin libr.3. cap.7. num.21. Peres libr 5 Ordinat. l.1 titul. 2. Valasc.dict quæst. 50 num.3. Peregr. de fidei.articul.30 num.25. Zeuallos quæst 221. nu.2.

18 Nec obstant fundamenta quæ in prima quæstione, in contrariæ sententiæ fauorem citaui, & ad primum quod repræsentationis beneficiũ nocebit consobrinis; respondetur, quod illud est per accidens, cum adhuc pluribus casibus posint illo salubri repræsentationis beneficio iuuari. Primo cum manent fratres defuncti ex vno tamen latere coniuncti, vt in terminis dict. §. si autem quem patrueles excludunt, & inter se per repræsentationem succedunt, secundo quando patruum magnum excludunt vt in d §. si autẽ, vers. illud palam.

19 Nec tandem obstabit quod in hoc regno repræsentationi locus non fuit, quia satisfit quod ex hoc in successione regni repræsentatio admissa non fuit, quia regnum hoc obtinebatur ex concessione regum Castellæ, constat nanque ab Alfonso donatum fuisse Comitij Henrico, & postea Algarabiorum regnum pariter donatum ab Alfonso Sexto; alteri Alfonso Tertio Portugalliæ quo effectum est, vt cesset repræsentatio sicut & in his quæ ex dominica concessione posidentur, docet Bart. in auth.post fratres, numer.2.C. de legit. hæred. Tiraquell.de primogen.quæst. 40. num. 220. Licitier de primogen. libr.1.quæst 25.num.8 Valasc quæst. 50.num.6. Molin.de primogen. libr.3. cap.7 num.13. Auendan dict. gloss.2. num. 22. Peregrin conf.39 nu.21.

Atque ex his fundamentis confirmandam duxi Præsidis sententiam cũ Doctore Ferdinando Cabral viro quidem emunctæ naris & eximiæ eruditionis, licet aliter placuerit alijs senatoribus, sicque iudicauimus in alia causa super hæreditate cuiusdam Mathiæ Ribeiro in quo agebat Gaspar Manuel, cum Gaspare Pirez scriba Quintal.

SVMMARIA.



Rinceps suis legibus solum naturaliter legatur.nu.1.

Maxima differentia est inter legem & contractum.

Princeps suo contractu ciuiliter legatur.nu.2.

Interpratata Ordinat. libr. 2. titul. 35. §. 21.

Donationes à se factas Princeps quomodo moderari posit.n.3.

Verba generalia priuilegij comprahendunt omnia quæ sub verborum proprietate continentur.ibi.

Interpratata Ordin. lib.2. tit.8. §.1.n.4.

Diuersa est causa non alienandi acquisita at acquirenda.ibi.

Princeps non potest contractum cum subdito gestum

gestum mutare.n.5.
Nisi legitima subsit causa.n.6.
Quid quando non adsunt verba ambigua. num.7.
Princeps limitat data causa etiam ex interuallo.ibi.
Contractus vel gestus cum subdito vel cum extero.num.8.
Si cum subdito limitare potest contractum alias secus.
Contraria tamen quod etiam cum extero reuocari possit.
In donatione iurium regalium an fieri possit eadem limitatio.n.9.
Princeps reuocans ex causa suam donationem tenetur compensare illud quod abstulit.ibi.

DECISIO IIII.

An Rex Lusitaniæ inuictissimus teneatur filijs, vel hæredibus eorum qui in belli acie occubuerunt, vel in præfectura arcium apud Indos, seruitia parentum vel prædecessorum exoluere, ita vt eorum filij vel hæredes donationis regiæ culmine frui debeant quibus fruituri essent eorum parentes si viuerent.



VM apud Indos D.F. Mascarenhas occubuisset, à Regiaque maiestate obtinuisset præfecturam Arcis d'Ormus, & antequã illius administrationem suscepisset diem clauderet extremum, nominauit post se sororem D. Lourentiã da Silua quæ ab inuictissimo Rege Philippo II. petijt illius nominationis cõfirmationem seruitiorumque fratris remunerationem, causa delata fuit ad Senatum commissaque omnibus grauaminum expeditoribus, coram præfecto prætorio inter quos cum ea tempestate essem, notabam sequentia pro negatiua parte.

1 Primo quod pro seruitijs Principi exhibitis, nulla producitur actio, ex qua in iudicio agi posit, quia solum dicitur debitum ex quadam honestate D. Thom.22. quæst.106. art.4. ad 1. & quæst.117. articul.5. ad 1. citat plura iura Pinel. in l.1.de bon. mater. 3.part.à num.60. Cobedo decis.36.2.p. num.1. & 6.

Secundo quod vbi primum ille cui arcis præfectura, concessa est, occubuit, antequam illius esset adeptus possessionem, & gratia sibi concessa vteretur, nihil ad hæredes transmittere potest, quia in ea donatione inest conditio si ipse viuat, & fruatur, arg. l. hæres meus. ff. de conditio. & demonstratio. l.4. ff. quando dies legat. ced. l. dies incertus ff de conditio. & & demonstratio. Iason. in l. cum filio numer.4. ff. de legat 1. Costa de successio. regni fol.9. vnde cum mortuus fuerit, extincta fuit gratia, quæ personam illam sequebatur nec ad alias porrigitur.

In cuius rei confirmationem considero, quod si dicamus illam spem esse transmissibilem, ex ratione l. 3. Codice de donation. quæ sub modo, §. ex conditionali institutio.

do

de verborum. quia is qui acquirit non solum sibi, sed hæredibus acquirere videtur, & prouidere, l. si pactum. ff. de probatio Molin, libr. 3. cap 6. num. 37. Valasc de iure emphyt. quæst. 50 num. 44. Oldrad. cons 224. num. 2. Bald. in l. cum antiquioribus Cod de iure delib num. 11. hæc ratio defficit in donatione, in qua nulla stipulatio datur pro se & successoribus, vnde contra iuris regulas Imperator in dict. l. 3. Codic. de donatio quæ sub modo actionem accommodauit. Vnde in his quæ quis habet solum ad vitam, vel ad tempus de transmissione agi non potest, l in omnibus. ff de reg. iur. habetur in l. hæres. ff acquir hæred atque ex ea ratione in maioratibus verius est, non dari transmissionem, quia habentur solum ad vitam possessoris, cuius morte ius perit, & eo mortuo pertinet ad successorem, non ex possessoris transmissione sed ex primi concessione l vnum ex familia. ff. de leg 2. vel ex propria vocatione Molin libr. 1. cap 1 numer. 17. ergo non transit illa spes ex Gama decis. 174. numer 20. Molin. dict nu. 17. & libr 3 cap. 6. numer 29. Costa vbi supra fol 23 nec aliud euincit dict l. 3. quia ibi non fuerunt bona donata ad vitam sed perpetuo, & ideo transmisioni locus est, & succedit d. § ex conditionali, sicut in maioratibus Regiæ coronæ licet à Regia donatione procedant, Valasc. dict. quæst. 50. numer. 13. Gama dict. decis. 174. num. 2.

2 Tertio quod hoc debitum morale est, & personale ex vtraque parte, atque ex eo cum persona extinguitur, & ideo nec ad successores regni, nec donatarij transire potest, maxime quando successor donatarij non est habilis ad præfecturam, vt in præsenti prout sentit. l. 20. titul. 4. libr. 4. Ordinat. ibi, *que fueren habiles para ello.*

3 Verum prædictis non obstantibus videtur negari non posse quod Princeps naturaliter teneatur seruitia à subditis sibi, vel prædecessoribus exhibita persoluere, adeo quod maximam iniustitiæ incurret notam si ita non faciat, maxime in hoc regno, in quo adest consuetudo soluendi de q ua Pinel in l. 1. 3 part num 62. illationo 14 sequitur Romanus cons. 29 ex ratione tex. in l iubemus C. de aduocatis diuers. iudicum, ibi, *& filios aduocatorum vel adhuc in tali constitutorum officio, vel eorum qui fisci patronatum deposuerint, superstitum vel mortuorum, extraneis ad idem officium accedentibus anteponi, eique gratis & sine sumptibus sociari, si & ipsi prout dispositum est solito tempore legum doctrinam meruerint.* l. nemini vers filios autem. Cod. de aduocat. diuers iudicior prosequitur Matienço l. 5. titul. 10. gloss 3. libr 3, recopilat. Licet enim in seruitijs Principi exhibitis, non consideretur legale debitum, ex quo in iudicio agi possit, tamen in ipso seruitio inest quædam debiti ratio, seu consideratio quæ gratiam excludit, & donationem, ex Thom. 22. quæst 106. articul 1 ad 2. communis expositorū ibid. Doctores in l. si pignore. ff. de furtis, vbi talis obligatio debitum appellatur, & dicitur morale agnoscit Cabed. decis. 36. num. 7. quod quidem debitum obligat ad solutionem, & peccatum, ex Thoma vbi supra quæstion 107. artic. 1. & ideo tale debitum necessariū vocat Aragon. de iustit. & iure quæstio. 58 articul. 5. idem Thom. quæst. 106. articul. 6. Couar. in cap in officijs de testament. numer. 9. vers qui & ingratitudinem, Rebello part. 2. de obligatio. iustit. quæst 9. Atque ex his rationibus recipitur, quod concessa in satisfactionem seruitiorum, reputantur inter acquisita titulo oneroso, & pecunia comparata, vt per Tiraquell. in l. si vnquam, verb.

donatione à num.14. Capi. decis.121. numer.15. Palat. in repetit. rubr. §. 50. Suares allegat. 9. cum pluribus citatis à Pinel. in rubr. Cod. de rescind. 1. part. cap. 2. ad fin. & in l. 1. Cod de bon. mater. 3. part. num. 62. illat 16. Hinc etiam oritur vt donationes remuneratoriæ inter virum & vxorem factæ, sint validæ, quamuis obsequia quæ remunerãtur, nõ deposcãt remunerationem ex lege iustitiæ sed gratitudinis, vt dicitur l. Aquilius regul. ff. de donationibus. l. 1. & l. si pater. §. final ff. eod titul. probantque Couar. in titul. de testamentis cap. cum in officijs num. 9. Tiraq. in l si vnquam, verbo donatione largitus num. 16. Cod. de reuocat. donat. vbi multos refert, Menoch. de præsumpt. præsumpt. 167. num. 31. 32 & 33. Iul. Clarus lib. 4. receptarũ. § donatio. quæst. 3. in initio Abb in Rubr de donationibus num 3. & Molin. tom. 1. de iustitia disp. 244. colum. 1054.

4 Vnde non infæliciter tentari potest, quod supposita hac morali obligatione, & supposita consuetudine regni, quod hodie etiam contra principem datur efficax obligatio, maxime si talia seruitia sint, quæ non solent Principi exhiberi, in recognitionem supremæ dignitatis, ad quæ quilibet subditus tenetur, prout est hostium irruentium in cursui pro patriæ salute occurrere, vel similia exhibere, quia ad hæc opera omnes hypothecati nascimur patriæ, sed continent operas quibus dignitas Regia magis elucescit, dum noua debellantur regna, vel dum ad indos instructa classe mittitur vassalus, cum maximæ personæ, & rerum periculo, in quo seruitio magis contractus tacitus vtriusque partis, & conuentio consideratur, quam mera seruitij exhibitio, in quibus omnibus vel contractus, vel quasi datur ex quo efficax nascitur actio ad agendũ gloss. in l. sed etsi lege. §. consuluit verbo obligauerint. ff. de petit. hæred. gloss. in l. ex hoc iure, verbo obligationis ff. de iustit vbi Bart. num 11. Quæ interpretatio regno regibus, & regiæ dignitati maxime conueniens est, si enim homines scirent reges nullatenus adstringi ad seruitiorum exhibitorum solutionem, quis arma moueret, quis classem instrueret, quis in tam remotis regionibus Christi optimi Maximi fidem factis, & victorijs extenderet, cum tanta maurorum & gentilitatis strage, vt apud Indos factum nostra testantur annalia; vnde in seruitijs primi ordinis, si princeps illa non soluerit, ex eo solum, peccatum ingratitudinis incurreret, quod in genere suo non est mortale, potest tamen ex accidenti effici mortale, ex D. Thom. 22. quæst. 107. articul. 3. prout fiet quãdo princeps taliũ seruitiorum, pro quibus non datur actio, remuneratio nem denegauerit, in seruitijs autem secundi ordinis, qui extra naturalis obligationis casus, exhibentur, non soluendo, statim peccabit, & poterit contra illum tanquam pro debito in iudicio experiri, sicque disposuit. l. Castellæ. 41. inter pragmaticas Indianas, quam valde commendat Matienço in l. 5. titul 10 gloss. 1. numer. 2. Guilelm. in cap. Raynutius, verbo & vxorem 3. num. 6. optime Abb in cap. sicut de iureiurand. nu vltim. Platea in l. fin. §. erit autem in fin. libr. 12. de re milit. Cabed. decis. 36. numer. 55. Alciat. respons. 38. facit illud 3. Regum cap. 2. vbi Dauid in suo testamento Salamoni iniunxit inter alia quod filijs Berselai Galaditis redderet gratiam, ibi, *Filijs Berselai reddes gratiam eruntque cõmedentes in mensa tua occurrerunt enim mihi quando fugiebã à facie Absalon fratris tui*. In quo quidem satis apparet quod ex seruitijs Regi exhibitis nascitur actio quæ etiam ad filios trãsit quibus Dauid soluere præcipiebat, cum tamen solus pater inseruierit

seruierit Regi, patet 2. Regum cap. 19. ibi, *Erat autem Galadites senex valde, & ipse præbuit alimenta Rege cum morare in Castris quippe vir diues nimis*. Nec obstabit quod verba sunt gratiæ potiusquam iustitiæ, ibi reddes gratiam, quia respondetur, quod seruitia Principi exhibita illud habent peculiare, quod ampliorem satisfactionem promereantur, quam de rigore debeatur, vnde ibi gratia, respicit excessum donationis, seu remunerationis, quasi dixerit non soluas tamen quæ expendit, sed gratiã facias, & super exoluas, D. Thom. 22. quæst. 106. art. 6. ad 2. adhoc videtur attendisse Hypodamus in sua lege qua continebatur quod filij militum qui in expeditione belli occubuerant, publicis expensis alimenta susciperent, ne videretur parentibus fructus suorum laborum cũ ipsis interituros, nec ad filios extendi pluribus confirmat Marques del gouernador Christiano libr. 2. cap. 3. in fine.

5 Ex quibus senatui placuit quod cum in præsenti D. Laurentia nominata fuerit à fratre, ad præfecturam arcis, licet non potuerit ex vi nominationis ius in specie acquirere, ad dict. præfecturam assequendam, nec in hoc casu aliqua posit considerari transmisio, tamen quod ad ipsam tanquam ad hæredem transit actio, pro remuneratione seruitiorum fratris, assequenda, ita vt Rex debeat ex tali obligatione ipsi præfecturam assignare, ad eius filiam seu potius ad virum cui ipsa nupserit, argument. eorumque Valasc. consf. 154. nu. 15.

Cui resolutioni non obstant quæ supra in contrarium ponderabam, nam ad primum satisfit quod hæc seruitia, sunt non primi, sed secundi ordinis, pro quibus efficax dari vinculum probabilius puto, supposita regni consuetudine & quasi contractu inter vassalum & Principem celebrato vt per supracitatos.

6 Ad secundum de transmissione respondetur quod licet verum sit hoc casu, nec nominationem nec transmisionem posse admitti, tamen quando Princeps aliquod vassalo pro seruitijs iam coronæ factis præmium elargitur, quo ipse frui non potest, priusquam decedat, adhuc ad filios vel legitimos hæredes, illa eadẽ obligatio transit, ex l. 1 & 2 C. de filijs official. lib. 2. & in Hispania est l. 10 titul. 4. lib. 6. nouæ collectio, vbi Azeued. & l. 20. titul. 3. lib. 4. ordinam. vbi Peres verbo Sus hijos, vbi adducit illud, 3. Regum, *Verumtamen in diebus tuis non faciam propter David patrem tuum*, & Psalmo 36. *Non vidi iustum derelictum nec semen eius quærens panem*. Matienzo l. 5. titul. 10. lib. 5. recopilat gloss. 3. num. 2. Gregor. l. 2. titul. 15 part. 2. gloss. verbo Sino el fijo mayor, vers. tene menti; hoc enim casu donatio à Principe facta in remunerationem, transit in contractum irreuocabilem, ex Roman cons. 436. num. 14. Roland. cons 76. numer. 13. vol. 2. Nata cons. 122. num. 14. vol. 1. Soares alleg. 7. num. 8. Menoch cons. 2. num 136. Bursa cons 160. lib. 2. num. 33. & regulatur acsi pro pecunia esset facta, cap. propter ingratitudinem de donatio. Roman. d. cons 436. Ruynus cons. 217. libr. 1. Gabriel. lib 3. de iure quæsito, conclus. 6. num. 6. & 7. Nata cons. 242. num. 3. vol. 2. & ideò requirit vt habeat effectum consummatum, & quæratur donatario, alias durat adhuc eadem ratio, & menti concedentis, & partis remunerationi satisfactum non est, ex Tiraq. §. hoc sermone. l. boues limit. 6. num. 1. & 8. limit. 9. Cabed. 1. part. arest. 94. pro quo est tex. in l. vlt. C. de filijs official. libr. 12. vt per Cuiatium ibi, & licet Gregor. in l. 2. titul. 15. part. 2. in gloss. Sino el fijo, & Matienzo in d. l. 5. titul. 10. gloss 3. nu. 2. teneant, quod patrũ seruitia nõ defferuntur, iure hæreditario

ſed ſanguinis, cum ad primogenitum ſpectent, tamen ille tex. procedit in re indiuidua quæ ad maiorem natu deffertur, ſeruitia autem dicuntur eſſe in bonis defuncti vt de illis diſponat inter hæredes, & ideo iure hæreditario defferuntur.

7 Nec obſtabit tertium quod hoc debitum eſt ex vtraq; parte perſonale, quia reſpondetur imó cõtrarium eſſe verius quia ex parte Principis reſpicit Regiam dignitatem, quæ non moritur, argum. cap. ſi gratioſe de reſcript. libr. 6. contractusque Regum ſucceſſores legant Cabed. decif. 19. 2. part. debitumque illud licet morale tantũ ſit, habet ſuam latudinem vt ſicut primo reſpicit perſonam vaſſali, ſic ſecundo intuetur eius hæredem, qui defunctum repræſentat, quia cenſetur illa conditio à principio ineſſe, ſibi enim & ſucceſſoribus hominis inſerunt ſeminantque, vt filij vel nepotes metant, hæc ſpes laborem leuat vires ſubminiſtrat, & exilio dulcedinem iniungit, & licet non adſit promiſsio explicita, tamen ineſt naturalis & implicita, quæ naſcitur ex conſuetudine recepta, vt cum illo reſpectu ſubditi Regibus inſeruiant, hæcque ſatisfactio cenſeri debet acquiſita titulo oneroſo, ex doctrina Matienz. in dict. gloſſ. 1. num. 2. adeo vt non ſolum ſatisfactio ſeruitiorum tranſire videatur, ſed & ius ad illud idem munus, & officium vel præfecturam vt in capitaneis nauium Indiarum qui vi tempeſtatis curſum ſuum non perfecerunt quod illa eadem præfectura ſequenti anno fruantur Valaſc. conſ. 154. nu. 15.

SVMMARIA.



Aioratus an in perſona filiæ inſtitui poſſit. n. 1.

Filij poſiti in conditione an cenſeantur in diſpoſitione vocati. n. 2.

Subſtitutio concepta in caſum ſi ſine liberis deceſſerit euaneſcit illis ſuſceptis, ibi.

In maioratibus deſſiciente expreſſa voluntate illam ex argumentis colligimus. nu. 3.

Coniectura inſtituendi maioratum eſt ſi teſtator ad diuerſos ſubſtitutionum gradus procedat. ibi.

In maioratibus Hiſpaniæ filij poſiti in conditione cenſentur poſiti in diſpoſitione, ibi.

Proximitas de iure Regio conſideratur cum reſpectu ad vltimum poſſeſſorem. n. 4.

Pater non præfertur in maioratu niſi quando ſe mota patris conſideratione eſſet præferendus, nu. 5.

Si pater admitteretur perverteretur ſuccedendi ordo, & de vna linea ad aliam fieret tranſitus. n. 6.

Deinde pater duos habens filios mortuo primo qui iam ſucceſſerat in maioratu ipſe ſecundum excluderet. n. 7.

Soror ex vno latere præfertur ſorori ex vtroque in maioratu & quando.

Deinde admiſſo patre maioratus aſcenderet, & non deſcenderet. nu. 8.

Intellectus Ordinat. libr. 4. titul. 100. §. 2. quod procedat in tranſuerſalibus non deſcendentes ab inſtituente.

DE-

DECISIO .V.

An pater in maioratu succedat filio tanquam proximior agnatus, iuxta Ordinat. libr.4. titul. 100. §. 2.

IN processu inter Rodericum de Pino, contra Nunaluarez Pereira, controuertebatur super institutionis viribus & succedendi forma, ex illius enim verbis prius vocabantur fæminæ, & in earum deffectum masculi, non expressa sed tacita vocatione, *Não tendo minha sobrinha filha ou filho ao tempo de sua morte succederà sua irmãa & seus filhos.* Consobrina in maioratu succesit nupsitque d. Nunaluarez Pereira à quo filium suscepit, qui mortua matre paulò post ipsius obitũ pariter, occubuit; cui pater succedere studebat eo quod consanguineus primæ instituentis erat, & filio proximior ea causa, exclusa altera sorore vxoris suæ, quæ se legitimam successorem, vltimoque possessori proximiorem ex instituentis sanguine asserebat.

Dubitabatur an maioratus stare posset in quo vocabantur fæminæ, cũ non in conseruationem familiæ, sed in eius tenderet destructionem ex his quæ Gregor. & alij infra citandi.

Deinde an ex illis institutionis verbis, perpetuum fideicommissum induci posset, cum filij primo vocati, reperiantur tantũmodo positi in conditione non vero in dispositione.

Vltimo an pater tanquam proximior filio esset præferendus.

1 Circa primum, quæstionem affirmatiue resoluit Gregor. in l.39. tit. 9. part. 6. Burgensis in proæmio legum Tauri à nu.43. & 66. Soares in l. quoniam fol.80. Pallatius in rub. §.69. à nu.24. Tiraq. de primogen. quæst.18. licet Paris. incapaces eas asserat lib.4. cons 72 num.78. nec recte aduertisse videntur qui asserunt nostram familiam fæminis non conseruari, loquuntur enim contra expressa iura vt habetur in l. liberorum ff. de verborum sign. ibi, *Idcirco filios filiasuè concipimus, atque edimus, vt ex prole eorum earumuè, diuturnitatis nobis memoriam relinquamus*; facit l. voluntas. 4. C. de fidei, licet aliqui eam intelligant de filia nondũ nupta, nam lex generaliter loquitur, & succedit reg l.1. §. generaliter ff de legat præstand. vt videntur agnouisse ibi Bald & Paulus, neque matrimonium potens est agnationem tollere, §. item vetustas instit. de hæred quæ abintestat. Curtius senior cons. 63. nu. 17. Decius in l. fæminæ. ff. de reg. iur. num.71. Pinel. in l.3. C. de bon. mater. num.30. Ex quo fit quod maioria in persona filiæ recte valeat institui, quando institutor sit fæmina, vel ex alia causa familiam fæmineam masculinæ præferendam duxerit.

2 In secundo dubio trita est quæstio an filij positi in conditione censeantur ex dispositione vocati, de quo gloss. in l. Lucius. ff. de hæred. instit. teste Ripa in l. centurio. ff. de vulgar. num.159. Curtius Senior cons.42. nu. 16. Couar. in cap. Raynutius. §.3. nu.2. Pelaes lib.2. quæst.5. num.18. Pinel. in cons. pro Sancio de Cordoua num.32. Paris. libr.2. cons.89. nu.7. & cons.56. num.13. & cons.31. nu.4.

Vnde in præsenti quæstione videbatur perpetuum fideicõmissum, nullo modo induci posse, cum potius sit tẽporale, in personis primo vocatorũ,

tum quæst.76.nu.14. Rotta Romana in nouissimis libr 1. decis 72. Molin. libr.3.cap.9 num.12. Peregrin d artic. 20.num.2. vers.contrarium, Meres de maior. 2.part quæst 8. Gutierr. libr.3. practic.quæst.66. num.7.& 11. Gama decis.7.& 203.ex num.7. Valasc. cons. 121 num.9.& 10 Cui opinioni nostra Ordinat.Regia adhæsit vt in maioratibus sequeretur ordo successionum abintestato, iuxta l.fin. C. de verbor. signi. cum quo se primus instituens conformare censetur, iuxta doctrinā Bart.in l si duo.ff.de acq hæred.

4 Cum ergo Ordinatio Regia in maioratus successione, proximitatem vltimi possessoris solum attendat, dummodo proximior de sanguine institutoris sit, nec requirat vt ab eo descendat, necessario fatendum est patentem esse filio proximiorem, & præferendū cæteris agnatis, Valasc. dict. num 38. Menoch pro triuultijs nu.128. Molin. cap 3.num.15.& cap.6. num.47.libr.1. Gam.decis.258.num.4. Costa de successio.regni fol.131.constat autem patrem esse cum filio in primo gradu lineæ ascendentis, l. 1. in princip.ff.de gradib §.secundo gradu instit. cod l.3. titul.6.part.4.Matien l.7.titul.11 glos. 5.nu.7.lib.5.

5 Cæterum his non obstantibus contrarium videtur verius, nempe quod proximitas vltimi possessoris sit metienda ex sanguine & gradu, nulla habita paternitatis consideratione, ita vt pater tunc præcedat quādo se mota patris consideratione esset admittendus, explicat Gregor. l.4.titul.13.part. 6.gloss.5.& l 2.titul.15.part.2. Auend. in l.8.Tauri gloss 3 ad fin.faciunt quæ in nominatione resoluit d.pater meus quæst. 12. num.28. in matre, Cabed. decis.34.num.9. Costa de successione regni fol.131.pro quo est optimus tex. in l.debitor §.vltim.ff. ad Trebell. vbi cum quæreretur an mater teneretur restituere fideicōmissario, illud quod non receperat ex testamento, sed ex stipulatione, inquit quia non quasi hæres, sed quasi mater illam portionē ex pacto acceperat l.cum pater.§ cum inter.ff. de legat 2. Gama decis. 258. nu.4. Flores decis.259. Surd.cons.110. num.13.

In cuius rei confirmationem considero, quod maioratus successio non ascendit, sed descendit, & ideo matrem non pertingit, l. Iurisconsultus § gradus.ff.de grad Gregor l.4. tit.13 part. 6.gloss.1. Molin.libr.3.cap.6.num 29. Auendan l 6. Taur gloss.7. num.6. Aluarad.lib 2.conicctur. cap.3.§.3 nu. fin Matienzo gloss 3.l.11 titul.8. nu 11. & gloss.5 num.2 lib 5. nouæ collectio. Non inficiabor tamen, quod mater nō excluditur simpliciter, quia si ipsa proximior sit cognata filio, ipsa proculdubio admittetur, exclusis alijs, quia tunc maioratus non dicitur ascēdere proprie, sed secundum quid, & materialiter, dum quærit descendentem á primo quem tamen inuenit ascendentem vltimo possessori; quæ qualitas cum ibi sit impertinens non consideratur, quia formaliter mater vt descendens sibi locum facit, cum remota maternitatis consideratione admittatur, vnde quando mater non est posita in linea successibili admitti non potest, ex eo quod ascendens sit quia ex eo latere non succeditur, sed ex alio, respectu enim filij solum habet mater ius cognationis, princ.inst. ad S.Consult.Tertull.§.vulgo quæsitis instit de successio. cognator. l. hac parte.l.si spurius ff.vnde cognati, & in princ. vers. sunt autem instit de legit. agnator.tutel Et licet verum sit quod hodie sublata est differentia in successionibus abintestato, inter cognatos & agnatos, qui æqualiter admittuntur, auth. de hæreditatibus abintestato. §. nullam col.9. tamen adhuc in aliquibus casibus ex consuetudine vel ex testamento non consideratur qualitas cogna-

cognationis, sed ad alios agnatos successio, deffertur prout in fæudis c. vnicum §. his vero, vers. ad cognatos de successione fratrum, vbi frater vtrinque coniunctus non præfertur alij ex vno latere Bald. in l. 1. C. de legit. hæred. vers. quæro, idem in d Cap vnc. §. his vero, num. 61. Tiraq de retract. lib. 1. §. 14. gloss. 2. num. 10. communis ex Monoch. conf. 187. num. 14 & de præsumpt libr 4. quæst. 75. numer. 23. Sicut etiam idem admittitur in maioratibus, qui cum sint constituti gratia conseruandæ familiæ, solum admittuntur consanguinei ex parte patris, qui ex masculis descendunt, explicat Molin libr 3. cap. 5. ex numer. 1: notant Doctores in l fratres Cod de inoffic. testament. & licet fæminæ admittantur, quia agnatio electa non sit, tamen adhuc hæc successio est similis illi quæ agnatis deffertur, vt sicut ibi est impertinens qualitas cognationis in fæudis, sic pariter in maioratu qualitas cognationis quæ non descendit à primo, quia est quædam qualitas considerata extra lineam successibilem, Bald in dict l 1 C de legit hæred. vnde illa coniunctio duplex quatenus mater, nihil ponit inesse licet mater in ea superet, & hinc prouenit, quod olim consanguineus frater idest ex parte patris tantum, succedebat cum fratre vtroque latere coniuncto antequam noua constitutione sancitum esset, quod vtrinque coniunctus præferatur, vt in auth. itaque C commun. de successio, & in l. 1. C de legit hæred. & ratio erat quia agnati qui legitimi dicebantur, præferebantur cognatis, qui ex parte matris descendebant, qui à Prætore non vocabantur, nisi defficientibus agnatis, patet ex titulo vnde legit. vnde cognati. §. 1. & §. cæterum instit. de legitim. agnator successio. Molin. libr. 3. cap 4. num. 2. quia illa qualitas materna illo tempore iudicabatur impertinens, sed vterque (dũmodo essent eodem patre nati) concurrebant, ad successionem fratris intestati. Atque ita iure antiquo in fratre vtrinque coniuncto, non considerabatur duplex ratio consanguinitatis, sed illa sola quæ erat considerabilis quod essent agnati, & filij eiusdem parentis.

Vnde cum hodie sit sublata differentia agnationis, & cognationis, § nullã ex auth de hæred. abintestat. vincit qui duplicem qualitatem habet Bald. in d l 1. num. 3 quia qualitas quæ olim erat impertinens. hodie reperitur approbata, & per consequens cum illa qualitas non reperiatur approbata, in successione maioratuum impertinens iudicatur Sicut alias si hodie consobrino succedat patruus, si cum eo cõcurrat alter patruus, ex vno tantum latere, primus nõ præferetur, ex Bart. in l. 2. §. legitima. ff de suis & legit im. Paulo in auth. post fratres 2. num. 4. C de legit hæred ratio est quia illa ratio duplicis vinculi, solum cõsideratur in fratribus & filijs fratruum, d. auth. post fratres auth. cessante C illo titul. Peregrin. de fidei. art. 20 num 19. sed non consideratur ratio duplicis vinculi in patruis, & vlterioribus vltra fratres & casu quo successio esset indiuisibilis debuit inter eos dari prælatio, ex sexu vel ætate Molin. libr. 3. cap. 4 num 14.

Deinde aliqua sequerẽtur absurda, si qualitas materna admitteretur, primum quod ex linea in qua maioratus erat, ad aliam fieret transitus, cum præiudicio descendentium, ex linea admissa, contra cap. 1. de successio fæud. ibi, *qui ex illa linea sunt*, Ordinat libr. 4. titul. 100. in princip. ibi, *por sua ordem*, (quibus verbis videtur lineas induxisse) Tiraquell. de primo quæst. 10. num. 21. Couar. libr. 3. resolut. cap. 5. ante numer. 6. & in allegatione pro D. Chaterina illatione 4. f. 119. n. 51 & 58. Secundo si pater susceperit duos filios

ex vxore

ex vxore consanguinea, quæ maioratum posside bat, si post vxorem maior filius succedat, & is sine liberis decedat, pater excludet secundogenitum, quod est ridiculum.

Tertio si pater habeat filiam, ex primo matrimonio, deinde secundo nubat suscepto filio & filia, si mortuo patre succedat filius masculus ex secundo matrimonio, & sine filijs decedat soror ipsius ex vtroque latere, excludet sororem consanguineam ex primo matrimonio & seniorem, ideo bene constat illam qualitatem vt impertinentem sperni, Molin libr 3.c.9. nu.12. Gama decis 354. nu.9. Gutierr. practic. quæst. 66 num.11. Valasc cons. 121 num 9 Menoch. cons 187. nu 14. & 688 num 9 Gail obseru. 151. libr 2. num 1 Vnde Ordinat Regia dict § 2. dum proximiorem vocat debet intelligi inter transuersales non descendētes á primo inter quos qualitas alia non attenditur nisi gradus proximitas (nisi aliud ex institutione colligatur) non vero quando extant descendentes á primo institutore, & possessore, filij enim horum perpetua fruuntur repræsentatione, Ordination. libr. 4. titul. 100. in princip Molin. libr. 3 cap. 7 num 9 ex qua descendens remotior efficitur proximior gradu, quod idem an recipiendum in transuersalibus descendentibus ab omni possessore controuersum est quos beneficio repræsentationis frui apud Hispanos testatur l 40 Taur. l 5. titul. 7. libr. 5 recopilat. (licet Gregor. part. 2. titul. 19. l 2. non consentiat) cui consonere videtur nostra Ord Regia in d. princip. ibi, *porsuidor*, sed verius est apud nos de iure Regio hanc repræsentationem perpetuam non concedi transuersalibus nisi descendant á primo instituente ex eadem Ordin. vers. O que não somente, ibi, *dar transuersaes sendo descendentes do instituidor.*

Vnde fit quod si extiterint descendentes licet transuersales, quilibet ipsorum locum aui, vel proaui ingreditur, vt excludat agnatum in remotiori linea positum, licet gradu proximior sit vltimo possessori, quia supposita dicta subrogatione ipse proximior fit fictione legis, vltimo possessori, de cuius successione agitur, si autem maioratus sit institutus á transuersali quia horum repræsentatio non vltra secundum gradum prætenditur, auth. post fratres. C. de suis & legit hæred. Ordin d titul 100 in fin princip. semper præfertur quilibet ex descendentibus ab aliquo possessore, ille enim possessor se, & cæteros descendentes á se admisit, vt suo ordine cæteris agnatis præferantur probat dict. Ordinat. ibi, *por sua ordem se prefirirão*, qui ordo exigit, vt soli descendentes ab hoc possessore inter secerterit gradu, vt remotior descendens præferatur, proximiori transuersali non descendenti ab aliquo maioratus possessore, cum enim eius auus, vel proauus ingressus fuerit successionem hoc ius prælationis ad successores transmisit ne de eius linea ad aliam fiat transitus. Gutierr. cons. 13. num. 11. Surd. cons. 403. á num 16.

Sicque in alio processu inter Manuelem Correa, & D. Rodericum de Castro iudicauimus, in quo éconuerso mater petebat maioratus successionē, mortua filia vltima possessore ipsius, eo quod mater descendebat ab institutore maioratus, licet in remoto gradu esset constituta. 26. Iulij 1616. scriba Azeuedo.

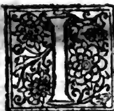
SVMMA.

SVMMARIA.


Eruus fugiens sui furtum facit.nu.1.
Ad præscriptionem requiritur possessio ciuilis.n.2.
Seruus fugiens non habet ciuilem.ibi.
An detur præscriptio cum errore iuris.nu.3.
Bona fides quam late & stricte accipiatur.ibi.
Quibus casibus consideretur in seruo bona fides.ibi.
Explicatur l.generaliter.ff.de noxalibus.
Nulla differentia videtur esse inter seruitutem prædij & hominis.n.6.
Hæres non reuocat in seruitutem seruum quem dominus passus est se gerere pro libero.n.7.
Exploditur sententia Alexandri.n.8.
Explicatur textus in c.redintegranda.n.9.
Explicatur lex.12.tabularum.n.10.
Furtiua res ex nouo iure præscribi possunt & quando.ibi.
An dominus conseruet eo casu ius patronatus.n.11.

DECISIO VI.

An seruus posit præscribere libertatem contra dominum se gerens pro libero, & quo tempore, & an retineat ius patronatus dominus in tali seruo, ad Ordinat.lib.4.titul.79.


1 Ncidit in Senatu quæstio de seruo qui se pro libero gerens in quasi possessione erat libertatis, hæres domini ipsum in seruitutem reuocare intendebat, primo quia sui fecerat furtum, ex l.1.C. de seruis fugiti. ibi, *Seruum fugitiuum sui furtum facere, & ideo non habere locum nec vsucapionem, nec longi temporis præscriptionem, manifestum est ne seruorum fuga dominis suis ex quacunque causa fiat damnosa.* l.1. C. de longi tempor. præscript. quæ pro libertate, ibi, *Mala fide morato in libertate diu prodesse non potest longi temporis præscriptio vnde cum confitearis fuga te ab eo cuius meministi recessisse, intelligis ex hoc solo sine dolo malo in possessione te libertatis non esse.* l.1.C. vbi caus.stat. l.ea quæ.C.de liber. caus. ex quibus iuribus negatur possessio sine qua præscriptio procedere nequit, l. sine possessione. ff. de vsucapion. reg. sine possess. libr. 6. quia sine illa nec subsistere, nec denominari potest præscriptio. l. 3. ff. de vsucapio. obseruat Alciat. in l quinque num. 62. C.fin. regundor. Cuiat.ad titulum C.in quibus casibus cesset long temp. præscrip. 3.tom. fol.935. lit.E. Surdus cons.28. nu.67.& 77.nu.6.

2 Quæ quidem possessio debet esse ciuilis, nec sufficit naturalis, vt obseruat gloss 2.& communis per tex. ibi in l. qui fundum. ff. pro emptore, gloss.2. in l. 2. C. de præscriptio. 30. quam probant Doctores communiter, vt per Gomes l.45. Taur. nu. 105. Paris.cons.27.à num.141. libr.1. Perez ad l.1.titul.13. libr.3. Ordinat. gloss.2. Cuius rei est ratio quia cum præscriptio sit effectus, & inuentum solius legis ciuilis, iure optimo causari debet à sola possessione ciuili, quippe quæ sola iusta est, & secundũ leges ciuiles, & quoad

& quoad omnes ciuiles effectus, conducit dict. reg. sine possessione, & l. sine possessione. ff. de vsucapio. si expendamus verbum illud possessione simpliciter loquendo intelligi de possessione ciuili, licet gloss. in l. licet C. de acquirend. possess. & in l. si vtrum §. si duobus. ff. commod. & alij contendant, vnicam tantum esse possessionem, habentem diuersas qualitates & effectus, per tex. in l. nemo ibi duplicem. C. de acquir. possess. tex. melior in l. 3. §. erga ibi vnum genus est possidendi. ff. acquir. possess. sequitur Gomes dict. l. 45. num. 19. Mencha. successio. creat. §. 21. num. 108. Valasc. de iure emphyt. quæst. 18. numer. 5. quæ sententia in rigore verior est, vt probat Ripa in Rubr. de caus. possess. num. 18. Corras. in §. nihil commune numer. 6. Cuiac. libr. 9. obseru. cap. 23. supradicta tamen opinio facilioris intelligentiæ causa recipitur, dum ciuilis pro iusta possessione accipitur, naturalis vero pro iniusta, vnde cum seruus sui furtum faciens, ciuilem nō habeat possessionem, nullo modo præscribere potest, ad imaginem rei furtiuæ, quæ nullo tempore præscribitur, imò in æternum potest vindicari, nisi in domini potestatem redierit, idque constat ex verbis legis. 12. tabul. & Attiniæ, relatis per Gellium libr. 17. cap. 7. secundum quæ rei furtiuæ æterna est authoritas, idest æterna vsucapiendi conditio, vt ex Budeo. Corras. Alciat. & alijs explicat Veleius in topica Ciceron. §. 16. num 8. quasi res furtiua nunquam vsucapiatur, sed in æternum possit vindicari, nisi in domini potestatem redierit, iuxta §. quod autem instit. de vsucapio. quoniam ex mente legis per huiusmodi redditum, & non aliter purgatur vitium furti, quo res afficitur, at qui si res furtiua per longissimum tempus præscribatur iam non est æterna authoritas, & datur præscriptio antequam in domini potestatem reddeat, non purgato vitio quod per tempus, etiam longissimũ non purgatur. l. 1. ff. pro emptore. l. si homo 35. vers. Sabino ff. de vsucapion. c. redintegranda. 3. q. 2. ibi, *quacunque temporis conditione, &c.* iuncta explicatione gloss. vltim. in fin. in cap. 2. de restit. spol. probata per non nullos ibi, & per alios relatos à Menoch. remed. 15. recup. num. 421. recepta ex Cassad. decis. 6. de rest. spol. praxi seruata ex Gabriel. lib. commun. illo titul. conclus. 5. à nu. 54.

3 Verum adhuc obstare videtur, quod potest dari bona fides ex parte serui, vt libertatem præscribat, cum errore iuris obscuri, qui á peccato excusat, & pariter præscriptionem non impedit, nam licet attento iure ciuili requiratur in præscriptione bona fides, stricte sumpta, prout importat aliquid positiuum, tamen lato modo sumpta, prout de iure canonico sumitur, solum importat bonam conscientiam respectu rei possessæ, ac proinde non dicit aliquid positiuum sed accipitur pro ab negatione malæ fidei, prout peccatum excludit, vt aperte significat tex. in cap. vigilanti, cap. vltim. de præscriptio. notatur in reg. possessor. libr. 6. Aretin in l. 3. §. vltim. colum. 3. ff acquir. possess. Bero. numer. 31. in cap. de quarta de præscriptio. Menchaca illustr. cap. 77. num. 3. Couar. regula possessor. 2. part. §. 7. numer. 2. Medin. de restitut. quæst. 17. Molin. tom. 1. de iustit. disp. 64. & Less. libr. 2. cap. 6. numer. 8. Vnde dum tex. in cap. si virgo. 34. q. 2. deffinit, bonam fidem per ignorantiam prauæ dispositionis, & sic per actum positiuum, agit de bona fide stricte sumpta, prout iure ciuili requiritur, non verò de illa quam multo post D. August. illius capius author nouè inuexit, & requisiuit lex canonica, in dict. cap. vigilanti, & in cap. vltim. Castro libr. 2. de lege pænal.

cap. 11. obseruat. Abb. in cap. grauis num. 11. vbi Bero. 17. Imol. 3 de restit. spoliat. Balb. 2. part. 3. quæst. 1. Sarmento. 2. select. cap. 10. num. 6. Couar. in reg. possessor. 2. part. §. 7. Bart. in l. sed etsi. §. scire. num. 4. ff de petit. hæred. prosequitur Thomas 12. quæst. 76. articul. 2. in corpore, & 1. parte, quæst. 101. art. 1. ad 2. & de malo quæst. 3. num. 7.

4 Vnde fit quod cum multi possint occurrere casus ex quibus in seruo extra domini potestatem possit considerari bona fides, non absolute stante iure canonico, debet censeri prohibita præscriptio de iure ciuili, cui in hac materia standum non est, facit tex. in l per eum ff. de acquiren. possess. ibi, *neque se liberum esse credat*, vbi Iurisc. agnoscit posse credere se liberum quo dato iusto errore non est dubium quod mala fides absit, & possit incipere præscriptio, Couar. resol. libr. 1. cap. 3. num 8. Pinel. in l. 2. part. 2. cap. 4. numer. 31. Abb in cap. de quarta de præscriptio. num. 12. Felin. 35. Aymon. de antiquitat. tempor. 4. part. cap. materia, num. 6. Duenh. reg. 255. Couar. in dict. reg. possessor d §. 7. num. 5. & in terminis Balbus 3. part. 5. principal. quæst. 7. num. 1. Gomes. 2. com. cap. fin. nu. 24.

5 Deinde pro hac parte ponderari potest, tex. in l. generaliter. 28. ff. de noxalibus vbi possidens seruum quem tamen scit alienum, præscribit, contra verum dominum, ex ea ratione quia sola illa scientia, rei alienæ non inducit malam fidem, in præscribente, vnde decisio illius tex. etiam hodie procedit, de iure canonico, nec corrigitur per dict. cap. vltim. & cap. vigilanti, quibus tantum corriguntur leges præscriptionem cum mala fide admittentes, idque obseruat gloss. in dict. cap. si diligenti, verbo bona, gloss. vltim. in reg. possessor. Bart. & alij vt per Alex. num. 11. in l. si finita §. si de vectigalibus. ff. de damno infecto, Balb. 2. part. p. princ. quæst. 13. Couar. dict. reg. possess. 2. part. §. 9. num. 8. contra Paulum & alios quos citat Pinel. num. 56. in auth nisi. C. de bon. mater. sicut ergo tertius qui scit seruum esse alienum, contra dominum præscribit, sic pariter & ipse seruus dum se pro libero gerit, licet sciat se seruum alienum, cum cogitare posit ex domini permissione, & facultate id sibi licere, imò se á domino libertate donatum, dum patitur ipsum inter liberos homines versari, vel ex titulo alias nullo, & inhabili quia tunc ex legis beneficio libertatem consequitur, quasi à domino pro derelicto habeatur, per longum enim tempus inducitur prioris possionis obliuio, ex qua inducitur amissio possessionis ciuilis animo retentæ, à quo tempore incipit præscriptio contra dominum, ex sententia gloss. in §. aliquando instit. de vsucapio. sequitur Abb. num. 4. in dict. cap. vigilanti, communis ex Couar. dict. 2. part. §. 1. num. 3. Padill. in l. 2. num. 5. C. de seruit. facit l. de eo 40. §. si forte, vbi gloss. 3. & l. peregre 44. in princip. ff. acquirend. possess. vbi inducitur amissio possessionis, ex eo quod dominus suæ possessionis obliuiscitur, quod quidem ex argumentis, & indicijs colligi pot est.

6 Vltimo facit quod nulla videtur consideranda differentia inter seruitutem prædij & hominis, vt sicut in illo ius seruitutis, amittitur longo non vsu, & libertas acquiritur ei qui scienter possidet, fundum seruituti obnoxium, ita vt extinctio seruitutis procedat si dominus longo tempore desinat vti, seruitute debita, nec extinctioni obstat mala fides possessoris, quia hæc præscriptio non procedit ex possessione, & facto præscribentis, sed ex negligentia alterius, cui seruitus debetur, obseruat Hostiens. in summa

summa titulo de præscriptio rerum immobil. §. quæres. num. 4. Bart. in l. sequitur. § si viam per tex. ibi ff. de vsucapio. sequuntur plures vt per Gabriel sub titulo de præscript. conclus. 3. & 4. addit. ad Bernar. regul. 578. Peres ad l. 3. titul 13. libr. 3. Ordinat. gloss 1. verbo contrariam sic pariter seruus per domini patientiam fit liber, ex temporis cursu, extincta illa obligatione personali seruiendi.

7 His sic perpensis senatus censuit, quod cum seruus de quo agebatur per longissimum tempus, in possessione libertatis esset, nec à domino quẽ non latebat eius status, in seruitutem, dum viueret, esset reuocatus, non poterat per hæredem iterum in seruitutem redigi, nec eo mortuo eius hæreditatem nancisci, cum ex longissimi temporis cursu, vitium malæ fidei purgetur, quando vera non sit, mala fides vt distinguit Valasc. cons 96. 1. part. numer. 6. sed præsumpta quæ assertio, aperto iure fulcitur, nam etiã res furtiuæ longissimo tempore præscribuntur, vt sentit gloss. communiter recepta in §. furtiuæ institut. de vsucapio, similis gloss. in dict. l. sicut per tex. ibi quem ad id expendit Bart. in l. sequitur §. 2 in fin ff. de vsucapio. communis vt per Cæpolam in l. 1. nu. 10. C. pro emptore, & licet ille tex. non multum communi faueat vt expendit Angel. in l. 1. num. 2. C ne rei domini, nec similiter l. vltim. in fin. C. vnde vi quam Cępola & alij expendunt quia agit non de re vi possessa, sed de re quam quis vacantem inuenit, & occupauit. Tamen iuuatur communis ex rescripto vel epistola Imperatoris, cuius meminit Cuiac. libr. 10. obseruat. cap. 12. & insuper ex tex. in dict § furtiuæ, ibi *nec prædicto longo tempore*, iuncto. §. præcedenti, ibi, *nullo tempore*, si aduertamus Imperatorem non sine misterio ibi loquutum fuisse, mutato sermone, nam supra dixerat rem sacram, & liberum hominem nullo tempore vsucapi posse, & subiungit rem vi possessam, & furtiuam vsucapi non posse, etiam longo tempore, plane intendens res furtiuas, & vi possessas longissimo tempore si accedat bona fides posse vsucapi.

8 Ex quibus confundetur sententia Alex. quem refert Aymon de antiquit. 4 part. cap mater nu 89. agentis de rebus vi possessis præscribendis, & pariter sententia Cassad decis. 6. de restitut. spoliat num. vltim. nec pro eorum sententia quidquam facit l. si quis emptionis § sed hæc C. de præscriptio 30. quia tex iste relatus ad §. præcedentem cui annectitur, non prohibet rem vi possessam præscribi, sed agit de illo qui per violentiam occupauit rem, quam alter, mala fide præscripserat, constituens quod si is intendat rei vindicationem, violentus possessor nõ potest opponere præscribentem non esse dominum, quia lex in odium violenti possessoris repellit exceptionem malæ fidei, quin imò supponit & fingit præscribentem esse dominum, intendit gloss. verbo distinctione, & Salycet. ibi Bald. in l. 1. in fin. ff. fam. hercisc. Duaren. in l. si alienam post princ ff solut. matrim & multi ex nouioribus in §. Cato. Mascard. conclus. 539. nu 13.

9 Nec insuper obstabit tex. in d. cap. redintegranda, ibi *quacumque temporis conditione*, iuncta explicatione gloss. vltim. in fin. in cap. 2. de restit. spoliat. probata per relatos à Menoch. remed 15. recup num. 421. recepta ex Cassador. vbi supra, & praxi seruata ex Gabriele titulo de restit. spol. conclus. 5. à nu. 54. quia verius est remedium dict cap. redintegranda, etiam longissimi temporis spatio perimi, ex Abb. in dict. cap. 2. num. 14. Bero. 39. Balb. 4. p. 4. principal. nu. 85. Menoch. vbi supra num. 418. Sarmiento 2. selecta. cap. 13. num. 2. Nec aliud suadent

illa verba quacumque temporis conditione, quia non dicit tex. quacumq; temporis conditione non obstante, sed quacumque temporis conditione res proprias possedisse noscuntur vt declarat Paulus cons. 105. libr. 1. col. vltim. quem sequitur Massa relatus à Sarmiento vbi supra, Menoch. vbi sup. num. 422. vnde conditio temporis ibi non refertur ad diuturnitatem, sed magis ad alias qualitates, vt puta tempus pacis, belli, absentiæ, vel similibus.

10 Nec obstat insuper authoritas legis duodecim tabularum, in illis verbis æterna authoritas esto, quia licet olim attento illo iure res furtiuæ perpetuo possent vindicari, tamen quia iam hodie ea quæ æterna & perpetua sunt in iure, saltem longissimo tempore præscribuntur, iuxta tex. in princ. instit. de perpetuis & temporal dict. l. sicut, & l. omnes. l. quod si nolit ad fin. vers. si vero. ff. ædelit. edict. iunctis resolutis per Couar. 2. resolut. cap. 9. num. 1. Tiraquell. de retract. titul. 2. §. 1. gloss. 2. num. 12. Inde fit, quod licet furtiuæ res, ex dict. legis duodecim tabularum, & Attiniæ prohibitione, perpetuo vindicari possint, tamen ex nouo iure id quidem licet, si adsit bona fides saltem præsumpta, nec oberit si quis obijciat, quod adhuc non purgatur vitium rei furtiuæ, cum non redierit in potestatem prioris domini, satisfit enim, quod illud procedit vt ordinario tempore præscribi possit, nam longissimo tempore præscribitur durante vitio, ex authoritate legis, sicque explicari debet sententia Soti in 4. de iustit. quæst. 5. artic. 4. vers. tertio, dum resoluit rem furtiuam præscribi posse à bonæ fidei possessore, vt procedat in præscriptione longissimi temporis, nam temporis breuis cursus non sufficit, sicque procedit tex. in l. 1. C. de seru. fugit. l. 1. C. de præscript. long. temp. quæ pro liberate cum alijs de quibus in princ. Vnde quando seruus verosimilibus causis, & argumentis ductus longissimo tempore se pro libero gessit, patiente domino, qui contradicere potuisset, non est dubium suam libertatem præscripsisse, seu potius extinxisse seruitutis ius, vel exceptionem contra dominum acquisiuisse, ne seruire compellatur.

11 An autem hoc casu dominus conseruet ius patronatus, dubium est, in quo Senatus censuit quod cum hoc casu seruus beneficio legis liber effectus fuerit, nullum ius patronus retineat, sicut alias solum manumissori debetur legitima, cap. episcopus, cap liberti. 12. quæst 2. Paulus decitadi in tractat de iure patron. 2. part. num 2. Imperat. in § cum vero instit. de successio libert. nec obstat quod qui patitur seruũ vel rem vsucapi, videtur manumittere, & alienare vt multis cõprobat dominus pater meus de extinctione emphyt. quæst. 1. à princip. Doctores in l. alienationis. ff. de verbor. signi. quia satisfit illud non procedere in eo qui à lege fit liber, quia cum à lege in præmium manumissionis patrono relinquatur ius patronatus, in seruo, non sufficit pati, & non contradicere, sed oportet vt ipse actũ gerat, vt manumissionis ius acquirat, & ius patronatus respectu cuius illi debetur legitima. l. cum patronus. ff. leg. 2.

SVMMA-

SVMMARIA.



1 Gerens negotia pupilli tacite hypothecare censetur bona sua nu.1.
Creditur qui prius sententiam habet praefertur in executione.n.2.
Actoris bona tacite hypothecata sunt minoribus pro negotio gesto.ibi.
Creditor priuilegiatus pecuniam non priuilegiato solutam reuocat. n. 3.
Explicatur Ord.lib.3.tit.91.§.1.
Pecunia quae communi mandato recepta est debet aequaliter inter omnes diuidi.n.5.
Actor quando quis dicatur.ibi.
Ius praelationis consideratur respectu bonorum debitoris.
Pecunia illa consideratur in genere hypothecata vt consumptione non censeatur sublata obligatio.n.6.

DECISIO VII.

An quando plures creditores communi procuratori mandatum concedunt, ad exigendas pecunias nomine communi,concurrant inter se,& admittendi sint aequaliter, vel an minores qui in mandato etiam intercesserunt, praeferendi sint, reliquis creditoribus in pecunia reperta debitoris,ipso mandatario effecto non soluendo, ad Ordinat. libr.3,titul.91. §.1.



1 CVM filij haeredesque Egidij Diaz d'Orta agerent contra Simonem Pirez solis, peterentq; sibi adiudicandam esse certam pecuniae quantitatem post fugã procuratoris cõmunis repertã,quae à communi procuratore recepta fuerat, in cuius exactione dicebãt se esse praeferendos, ex eo quia minores erãt, ex speciali hypotheca quae á lege tacite contrahitur, ab his qui negotia pupillorum gerunt. de qua in l.si negotium ff.de priuil. creditor. se Reus defendebat quod mandatarius post receptam pecuniam debita contraxerat, seque debitorem illius summae profitebatur, in scriptura confecta ab eo, priusquam è regno proficisceretur,vnde licet recepisset alienos nummos, cum postea ex illis sua debita soluisset, sola supererat personalis actio, contra debitorem, ex reg. l. si alieni ff de solutio. ibi, *Si mixti essent ita vt discerni non possent eius fieri qui accepit in libris Gai scriptum est*, idem probat tex in l. nam etsi fur. ff. si cert. petat.Barbos.in l.si alienam num. 5.ff. solut. matrimon. Bart. in l.singularia ff.si cert.petat. vbi Angel. col.7. dicit casum mirabilem, communis ex Ias. ibi num. 13.

2 Vlterius vnus ex creditoribus sententiam contra dictum debitorem communem absentem reportauerat, seque praeferendum esse reliquis asserebat,in executione dict. pecuniae post discessum debitoris repertae, ex lege Regia libr.3.titul.91. § 1. quod etiam procedit, etiam si alij creditores habeant hypothecam anteriorem, vt iudicatum refert Afflict.decis.190.Capi. decis.

decis 78. num. 1. Couar. practicar. cap. 29. num. 2. & dicit receptum Menoch. consi. 25. num. 1. quod vero creditor prius petens debitum, sit cæteris in solutione præferendus, sentiunt Ang. verb. emptio. 2. n. 4. Petr. Nauar. lib. 4. de restitut. c. 4. nu. 39. Nauarr. c. 17. nu. 49. Azor tom. 3. lib. 4. cap 36 quæst. 6. Lessius libr. 2. cap. 15 num. 39. & Valentia tom. 3. disputat. 5. quæstion. 6. puncto. 10.

Verum pro parte minoris facere videbatur, quod mandatarius seu procurator constitutus ad recipiendam pecuniam communem, fuit Actor á tutore constitutus. §. fin. instit. de curator. l. actor. ff. rem ratam haberi, cuius bona tacite hypothecata sunt minoribus, pro negotio gesto, Neguf. de pign. 4. membr. 2. part. princ. nu. 9. Bart. Angel. Salycet. in l. 3. C. de hæredit. actio. Decius consi. 349. num. 10. eleganter Surdus consi. 4. nu. 19. libr 1. nec aliud in actore requiritur constituendo, quam tutoris authoritas ex Parlad. differentia 68. nu. 3.

3 Vnde dato concursu inter creditores, non est dubium minores præferendos, imò posse pecuniam prioribus non priuilegiatis solutam reuocare. l. pecunia. ff. de priuil. fisci, & est recepta opinio vt per gloss. receptam in illo tex. ex Bellapertica, Castrensi, Salycet. ibi Bart. in l. pupillus ff. quæ in fraud. Barbos. in l. 1. 6. part. num. 21. vers. contrariam, Matienç l. 7. titul. 16. libr. 5. ordinam. gloss. 5. num. 16. & in practica obtinuisse testatur Auend. l. 32. Tauri gloss. 1. numer. 8. Surdus qui dicit communem consi. 4. numer. 26. libr. 1. quod procedit etiamsi secundo creditori soluatur, ex causa seu titulo oneroso Gouar. vbi supra nu. 24.

Et quanquam contraria sententia, quam Afflictus sequitur, decis. 190. esset amplectenda, adhuc secundum eum quando pecunia secundo creditori soluta, consumpta non est, creditor hypothecarius illam reuocare potest, vt per Barbos. dict. 6. part. num. 23. igitur cum hæc pecunia hodie extet, & deposita, res manet sine dubio, quia etiam Afflictus & Sequaces admittunt, quod creditor qui habet actioné priuilegiatam, ex hoc capite potést reuocare solutionem gloss. in l. sed an hic ff. quod cum eo, Roman. consi. 111. Iason in l. inter eos ff de re iudic. Cephalus consi. 86. num. 4. libr. 1. Gregor. l. 11 titul. 14 pact. 5. verbo Han demanda.

Nec obstat Ordinatio d. titul. 91. §. 1. deducta ex l. pen §. 1. ff de except. rei iud. dum concludit hypothecam non præferri, quando simplex creditor prius sententiam reportauit, & eam exequitur, quia illa ordinario solum habet quod si creditor priuilegiatus sciat, litem moueri, fierique executionem, in bonis sui debitoris, & tacuit tunc sibi præiudicat, ob negligentiam, vt non possit reuocare solutum, ex l. pupillus. 24. ff. quæ in fraudem; si vero ignorauit vel aliquid fecit per quod non videatur negligens, tunc executionem iam factam ratione sui priuilegij, reuocabit, facit l. edicto 13. §. cum autem. ff. de iur. fisc. quia cum negligentia ei nequeat imputari, debet ei succurri, vt in simili tradit Paulus in l. si fideiussor. §. si insolidum ad fin. ff. de fideiuss. Alex. in l. 4. § condemnatum. nu. 17. ff. de re iudic. vnde cum minoribus nequeat imputari, illud quod in alio regno gestum est, nec alia bona debitoris suppetant, nulla ratio patitur, vt admittendi non sint, prosequitur latissime Gutierr. libr. 3. pract. q. 100 per tot.

5 Verum Senatus aliter censuit, nempe pecuniam repertam inter omnes creditores diuidendam, pro qua parte facit tex. in §. duorum instit. de rerum diuis. nec minoribus in hoc casu, aliquod priuilegium competere, cum mandatarius qui ex eorum mandato

dato pecuniæ exactioni præpositus est, actor minorum dici nequeat, actor enim ille solus est, qui iudicis authoritate constituitur, ex dict. §. fin. d.l. actor. ff. rem ratam, dicitur enim ex actis vbi cauet, & se obligat, pro pecunia imò tutor vel curator solus non potest procuratorem constituere ad pecunias pupilli vel adolescentis. prosequitur late Rebuff. in l. 19. ff. de verbor. signi. per tex. in l. neque tutores C. de procurator, sed debet actorem mittere.

Vnde cum actoris non detur officium, defficit & hypotheca bonorum, quæ etiam induci non potest in hoc casu ex dict. l. si negotium quæ solum agit de eo qui pupilli negotia gessit, cui ob fragile iudicium, & ætatis imbecillitatem illud á lege conceditur, non vero procedit respectu minoris iam pupillaris effecti vt in præsenti erat.

Insuper quia iura quæ pro contraria parte adducuntur circa prælationem in hoc casu, nullo modó locum habere possunt, quia ius illud prælationis, & hypothecæ, potest habere locum respectu bonorum debitoris, vt in his bonis qui de iure præferri debeat, prius admittatur, vt citata iurá euincunt, non tamen possunt habere locum, in quantitate de qua in præsenti, quæ omnium creditorum erat communis, ad quam omnes pro sua parte debent admitti, nulla prælationis facta consideratione.

6 Nec obstat quod alieni nummi commixti efficiuntur recipientis, & ideo cum procurator pecuniam recepisset, imó & eam vni ex creditoribus consignasset, iam videntur admitti, ad pecuniam & bona debitoris, quia satisfit, quod illa pecunia cum constet quod sit eadem quæ á procuratore, virtute mandati recepta est, transit cum sua causa, & consideratur in genere, & nunquam potest censeri consumpta, ad imaginem hypothecæ, quæ in pecunia aliena constituitur, quam creditor hypothecarius, solutam alij reuocat, etiamsi in specie dicatur hypothecata, quia licet eo casu ea consumpta, censeatur expirasse ius hypothecæ, tamen ex iusta causa potuit lex statuere quod potiori creditori competat, condictio ex lege ad eam reuocandam, l. fin. §. etsi præfatam. C. de iur. deliber. sicque esse receptum dicit Stracha. titul. de decoctor. vlt. part. §. fin. num. 3. Gutierr. dict. libr. 3. cap. 100. num. 9. Capi. decis. 78. numer. 5. Barbos. in dict. l. 1. 6. part. numer. 20 ff. solut. matrimon. quod quidem pariter recipiendum est, respectu cuiuslibet creditoris, & á fortiori respectu domini, qui habet ius prælationis, ad illam pecuniam, quã constat esse sui, vt in præsenti constabat, vt etiam soluta reuocetur, vt soluatur vero domino, quod sine dubio procedit, quando adhuc extat apud depositarium.

Nec pariter obstat dict. Ordinatio. titul. 91. §. 1. quia agit de prælatione in executione facienda, in bonis debitoris, nos vero agimus de bonis communibus ipsorum creditorum, de quorũ diuisione agitur, in quibus executio ad instantiam vnius ex creditoribus fieri nequit, nec præoccupatio aliqua considerari potest, de qua in l. inter eos. ff. de re iudic. sicque iudicatum fuit in dict. processu cuius scriba est Freitas.

SVMMARIA.



Erba institutionis semper attendenda sunt.n.1.
In maioria electiua potest nominari remotior.ibi.
Quando vocantur de stirpite vel trunco descendentes omnes de familia comprahenduntur.n.2.
Qui iam admisit collaterales non amplius videtur illos exclusisse.ibi.
Grauatus eligere de familia, & trunco debet eligere illum in quo illæ duæ qualitates concurrunt. nu.3.
Qui vocat familiam de sua sentire intelligitur.ibi.
Familiam suam duobus modis quis vocare potest, vel in genere, vel in specie.ibi.
In dubio potius intelligendum est vocasse in specie.ibi.
Qui vocat consanguineos de stirpe matris de illis solum intelligit qui ab ea descendunt. n. 4.
Stirps quo modo dicatur.ibi.
Interpratata l. pronuntiatio. ff. de verbor. signi.n.5.
Materia fideicommissi est odiosa.n.6.
In fideicommisso interpratatio facienda est vt potius soli descendentes inuitentur. ibi.
Quandiu reperiuntur agnati simul & descendentes præferendi sunt. n.7.
Ordo scripturæ obseruandus est.n.8.
Prouisio hominis facit cessare legis prouisionem.
Priuato patre iure succedendi exclusi etiam censentur eius filij.nu.9.
Intelligitur si exclusio habeet perpetuam, ibi.

DECISIO VIII.

De successione maioratus in cuius institutione vocabantur illi qui essent de agnatione stirpe & trunco certæ personæ, ad Ord. lib.4. tit.100.



Ostquam decedens P. in suo testamento maioratum instituit hæc verba addidit; *Declaro que sendo caso que meu sobrino queira logo, ou em algum tempo por si, ou por outrem por duuida à nomeação que atras deixo feita de mòrgado, que meu pay* Christouão Lopez *instituyo, dizendo que lhe pertence, & que não nomeey bem, pondo a isso demanda, & dandose sentença por elle: Ey por bem & mando por minha vltima vontade, que a capella que ao ditto meu sobrinho deixo por esse mesmo caso & razão elle à não possua mais, antes quero & ey por bem de logo nomear, como nomeo nella, à meu primo Diogo Freire, para que elle á possua com a cousa sua, que quero que seja, & por sua morte nomearà em hum parente da geração, & tronco de minha mãy Anna Freire, de maneira que sempre andarà na geração & tronco de minha mãy Anna Freire, & não poderà passar à outra algũa geração.*

Contigit quod ille consobrinus exclusus à successione maioratus, in euentum futuræ litis, illam mouit, & ex ea causa à capellæ administratione repulsus est, & ad Didacum Freire delata fuit, qui cum sine filijs postea decessisset, tempore mortis nominauit post

post se fratrem suum.

Litem nouam instituit, tum temporis ille qui exclusus erat, nominationem impugnans, ex clausula testamenti, quæ præcipit vt nominetur descendens ab Anna Freire, à cuius stipite & trunco nominatus non descendebat, liti se opposuit eiusdem actoris filius, eo fundamento quod quando pater esset excludendus à successione quod conditioni non paruerit, hoc non egrediebatur, eius personam cum non perpetuo exclusus fuerit nec eius descendentes.

1 Quæstio est valde dubia, si ad iuris fontes, si ad testantis dispositionem, verborumque institutionis sensum attendimus, ex quibus vltimi elogij interpretationem, & disponentis mentem metiri oportet. iuxta tex. in l. Mæuia ff. manu test. l hæredes palam §. id etiam ff de testam Mantic. de coniectur. lib 6. tit. 13. à princ.

Et primo videbatur Actorem, ipsiusque filium, omni destitutos esse actione, quia ex verbis testamenti constabat, electiuam maioriam constitutam esse, cum potestate nominandi post se alium possessorem dummodo sit de familia matris defuncti, quo casu posse nominare remotiorem nemo ambigit, proximiori spreto. l. vnum ex familia. §. si de lege falcidia ff de leg 2. ibi eodem vel dispari gradu, Molin de primogenit. libro. 2. cap. 5. nu 3. adeo vt si vltimus possessor sine nominatione decedat, proximior illi nominatus censeatur, argu. Ord. lib 4. tit. 100 §. 2. & lib. 4. tit. 38. §. 2. & finandose quæ proximiorem decedenti, præfert alijs de sanguine instituentis, Gama decis. 258 num. 4. vbi Mena conclus. 1 & decis. 354. num. 9. Molin. de primo libr. 3. cap. 9. nu. 2.

Deinde contra Actorem faciebat, quia ipse prius electus fuerat ad maioriam, & de ea inuestitus sub illa conditione resolutiua, nisi contraueniret, testatoris nominationi, cui conditioni non paruit, seque à maioratus successione suo facto exclusit, ex quo sequitur quod talis exclusio debet censeri procedere ex odio testatoris, cuius voluntatem oppugnauit, ex reg. l Lutius. §. Lutius Titius damnã ff. de leg. 2. ex quo sequitur quod talis exclusio ipsum incapacem reddidit, vt inposterum admittatur, Bart. in l. vlt. §. 1. ff. ad Tertull. Peregr. de fideicõmiss. art. 22. num. 12. Andreas gallus obserua 148. Fachin lib. 2 c. 45. Paris cons. 12. nu. 6. lib 1. Quod obtinet etiamsi cesset exclusionis ratio, ex Chassan. cons 4 nu. 110 & est tex. in l. filiusfam. § cũ quis ff. de legat. 1. l. ex facto. § pen. ff. ad Trebell. Ias. cons. 51. nu. 2 lib. 3 Rymin. cons. 29 nu. 10. lib. 2. Deci. cons 46 nu. 25. Cephalus cons 330. nu. 34.

Quod obtinet etiamsi deficiant hi, propter quos exclusus fuit. quæ quidem exclusio necessario debuit esse perpetua, quia sub illa conditione admissus in perpetuum, sub eadem etiam censeri debet in perpetuum exclusus, vt contrariorum eadem sit regula, probat tex. in l. aliquando de leg. 1. l. quod pure. ff quando dies legati ced. Surdus cons 193. nu. 44. lib. 1. & decis. 7. n. 19. ne alias ex actu á se impugnato cõmodum reportare possit, l. Papinianus. §. meminisse. ff inoffi. testam. Gabriel de reg iur. concl. 1. n. 1.

Nec obstabit quod testator solum videtur d. actorẽ priuasse possessionẽ maioratus, quod solũ respicit fructuũ cõmoditatem, nõ vero ius succedendi, quasi magis successio suspensa fuerit, quam sublata, prout dixit Peregr. de fideicõmiss. d. art. 22. nu. 20. & 21. quia responderi potest, illam priuationem possessionis respicere, etiam proprietatem rei, cũ in maioratibus nihil aliud transferatur in possessores, quam ipsa fructuum cõmoditas, & ius percipiendi redditus, in vita possessoris, licet recipiens vere dominus sit quoad viuit.

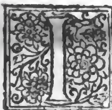
Vnde

SVMMARIA.


Eruus fugiens sui furtum facit.nu.1.
Ad præscriptionem requiritur possessio ciuilis.n.2.
Seruus fugiens non habet ciuilem.ibi.
An detur præscriptio cum errore iuris.nu.3.
Bona fides quam late & stricte accipiatur. ibi.
Quibus casibus consideretur in seruo bona fides. ibi.
Explicatur l.generaliter.ff.de noxalibus.
Nulla differentia videtur esse inter seruitutem prædij & hominis.n.6.
Hæres non reuocat in seruitutem seruum quem dominus passus est se gerere pro libero.n.7.
Exploditur sententia Alexandri.n.8.
Explicatur textus in c.redintegranda. n.9.
Explicatur lex.12.tabularum.n.10.
Furtiuæ res ex nouo iure præscribi possunt & quando.ibi.
An dominus conseruet eo casu ius patronatus.n.11.

DECISIO VI.

An seruus posit præscribere libertatem contra dominum se gerens pro libero, & quo tempore, & an retineat ius patronatus dominus in tali seruo, ad Ordinat.lib.4.titul.79.


1 Ncidit in Senatu quæstio de seruo qui se pro libero gerens in quasi possessione erat libertatis, hæres domini ipsum in seruitutem reuocare intendebat, primo quia sui fecerat furtum, ex l.1.C. de seruis fugiti. ibi, *Seruum fugitiuum sui furtum facere, & ideo non habere locum nec vsucapionem, nec longi temporis præscriptionem, manifestum est ne seruorum fuga dominis suis ex quacunque causa fiat damnosa.* l.1. C. de longi tempor. præscript. quæ pro libertate, ibi, *Mala fide morato in libertate diu prodesse non potest longi temporis præscriptio vnde cum confitearis fuga te ab eo cuius meministi recessisse, intelligis ex hoc solo sine dolo malo in possessione te libertatis non esse.* l.1.C. vbi caus.stat. l.ea quæ.C.de liber. caus. ex quibus iuribus negatur possessio sine qua præscriptio procedere nequit, l. sine possessione. ff. de vsucapion. reg. sine possess. libr. 6. quia sine illa nec subsistere, nec denominari potest præscriptio. l. 3. ff. de vsucapio. obseruat Alciat. in l quinque num. 62. C.fin. regundor. Cuiat.ad titulum C.in quibus casibus cesset long temp præscrip. 3 tom. fol.935. lit.E. Surdus cons.28. nu.67.& 77.nu.6.

2 Quæ quidem possessio debet esse ciuilis, nec sufficit naturalis, vt obseruat gloss 2.& communis per tex. ibi in l. qui fundum. ff. pro emptore, gloss.2. in l. 2. C. de præscriptio. 30. quam probant Doctores communiter, vt per Gomes l.45. Taur. nu. 105. Paris.cons.27 à num.141. libr.1. Perez ad l.1.titul.13. libr.3. Ordinat. gloss.2. Cuius rei est ratio quia cum præscriptio sit effectus, & inuentum solius legis ciuilis, iure optimo causari debet à sola possessione ciuili, quippe quæ sola iusta est, & secundũ leges ciuiles,

&quoad

& quoad omnes ciuiles effectus, conducit dict. reg. sine possessione, & l. sine possessione. ff. de vsucapio. si expendamus verbum illud possessione simpliciter loquendo intelligi de possessione ciuili, licet gloss. in l. licet C. de acquirend. possess. & in l. si vtrum §. si duobus. ff. commod. & alij contendant, vnicam tantum esse possessionem, habentem diuersas qualitates & effectus, per tex. in l. nemo ibi duplicem. C. de acquir. possess. tex. melior in l 3. §. erga ibi vnum genus est possidendi. ff. acquir. possess. sequitur Gomes dict. l. 45. num. 19. Mencha. successio. creat. § 21. num. 108. Valasc. de iure emphyt. quæst. 18. numer. 5. quæ sententia in rigore verior est, vt probat Ripa in Rubr. de caus. possess. num. 18. Corras. in §. nihil commune numer. 6. Cuiat. libr. 9. obseru. cap 23. supradicta tamen opinio facilioris intelligentiæ causa recipitur, dum ciuilis pro iusta possessione accipitur, naturalis vero pro iniusta, vnde cum seruus sui furtum faciens, ciuilem nō habeat possessionem, nullo modo præscribere potest, ad imaginem rei furtiuæ, quæ nullo tempore præscribitur, imò in æternum potest vindicari, nisi in domini potestatem redierit, idque constat ex verbis legis. 12. tabul. & Attiniæ, relatis per Gellium libr. 17 cap. 7. secundum quæ rei furtiuæ æterna est authoritas, idest æterna vsucapiendi conditio, vt ex Budeo. Corras. Alciat. & alijs explicat Veleius in topica Ciceron. §. 16. num 8. quasi res furtiua nunquam vsucapiatur, sed in æternum possit vindicari, nisi in domini potestatem redierit, iuxta §. quod autem instit. de vsucapio. quoniam ex mente legis per huiusmodi redditum, & non aliter purgatur vitium furti, quo res afficitur, at qui si res furtiua per longissimum tempus præscribatur iam non est æterna authoritas, & datur præscriptio antequam in domini potestatem reddeat, non purgato vitio quod per tempus, etiam longissimū non purgatur. l. 1. ff. pro emptore. l si liomo 35. vers Sabino ff. de vsucapion c. redintegranda. 3. q. 2. ibi, *quacunque temporis conditione, &c.* iuncta explicatione gloss. vltim. in fin. in cap. 2. de restit. spol. probata per non nullos ibi, & per alios relatos à Menoch. remed. 15. recup num. 421. recepta ex Cassad. decis. 6. de rest. spol. praxi seruata ex Gabriel. lib. commun. illo titul. conclus. 5. à nū. 54.

3 Verum adhuc obstare videtur, quod potest dari bona fides ex parte serui, vt libertatem præscribat, cum errore iuris obscuri, qui à peccato excusat, & pariter præscriptionem non impedit, nam licet attento iure ciuili requiratur in præscriptione bona fides, stricte sumpta, prout importat aliquid positiuum, tamen lato modo sumpta, prout de iure canonico sumitur, solum importat bonam conscientiam respectu rei possessæ, ac proinde non dicit aliquid positiuum sed accipitur pro ab negatione malæ fidei, prout peccatum excludit, vt aperte significat tex. in cap. vigilanti, cap. vltim. de præscriptio. notatur in reg. possessor. libr. 6. Aretin in l. 3. §. vltim. colum. 3. ff acquir. possess. Bero. numer. 31. in cap. de quarta de præscriptio. Menchaca illustr. cap. 77. num. 3. Couar. regula possessor. 2. part. §. 7. numer. 2. Medin. de restitut. quæst. 17. Molin. tom. 1. de iustit. disp. 64. & Less. libr. 2. cap. 6. numer. 8. Vnde dum tex. in cap. si virgo. 34. q. 2. deffinit, bonam fidem per ignorantiam prauæ dispositionis, & sic per actum positiuum, agit de bona fide stricte sumpta, prout iure ciuili requiritur, non verò de illa quam multo post D. August. illius capius author nouè inuexit, & requisiuit lex canonica, in dict. cap. vigilanti, & in cap. vltim. Castro libr. 2. de lege pænal.

D cap. 11.

cap. 11. obseruat. Abb. in cap. grauis num. 11. vbi Bero. 17. Imol. 3. de restit. spoliat. Balb. 2. part. 3. quæst. 1. Sarmento. 2. select. cap. 10. num. 6. Couar. in reg. possessor. 2. part. §. 7. Bart. in l. sed etsi. §. scire. num. 4. ff. de petit. hæred. prosequitur Thomas 12. quæst. 76. articul. 2. in corpore, & 1. parte, quæst. 101. art. 1. ad 2. & de malo quæst. 3. num. 7.

4 Vnde fit quod cum multi possint occurrere casus ex quibus in seruo extra domini potestatem possit considerari bona fides, non absolute stante iure canonico, debet censeri prohibita præscriptio de iure ciuili, cui in hac materia standum non est, facit tex. in l per eum ff. de acquiren. possess. ibi, *neque se liberum esse credat*, vbi Iurisc. agnoscit posse credere se liberum quo dato iusto errore non est dubium quod mala fides absit, & possit incipere præscriptio, Couar. resol. libr. 1. cap. 3. num. 8. Pinel. in l. 2. part. 2. cap. 4. numer. 31. Abb in cap. de quarta de præscriptio. num. 12. Felin. 35. Aymon. de antiquitat. tempor. 4. part. cap. materia, num. 6. Duenh. reg. 255. Couar. in dict. reg. possessor d. §. 7. num. 5. & in terminis Balbus 3. part. 5. principal. quæst. 7. num. 1. Gomes. 2. com. cap. fin. nu. 24.

5 Deinde pro hac parte ponderari potest, tex. in l. generaliter. 28. ff. de noxalibus vbi possidens seruum quem tamen scit alienum, præscribit, contra verum dominum, ex ea ratione quia sola illa scientia, rei alienæ non inducit malam fidem, in præscribente, vnde decisio illius tex. etiam hodie procedit, de iure canonico, nec corrigitur per dict. cap. vltim. & cap. vigilanti, quibus tantum corriguntur leges præscriptionem cum mala fide admittentes, idque obseruat gloss. in dict. cap. si diligenti, verbo bona, gloss. vltim. in reg. possessor. Bart. & alij vt per Alex. num. 11. in l. si finita §. si de vectigalibus. ff. de damno infecto, Balb. 2. part. p. princ. quæst. 13. Couar. dict. reg. possess. 2. part. §. 9. num. 8. contra Paulum & alios quos citat Pinel. num. 56. in auth. nisi. C. de bon. mater. sicut ergo tertius qui scit seruum esse alienum, contra dominum præscribit, sic pariter & ipse seruus dum se pro libero gerit, licet sciat se seruum alienum, cum cogitare possit ex domini permissione, & facultate id sibi licere, imò se á domino libertate donatum, dum patitur ipsum inter liberos homines versari, vel ex titulo alias nullo, & inhabili quia tunc ex legis beneficio libertatem consequitur, quasi à domino pro derelicto habeatur, per longum enim tempus inducitur prioris possionis obliuio, ex qua inducitur amissio possessionis ciuilis animo retentæ, à quo tempore incipit præscriptio contra dominum, ex sententia gloss. in §. aliquando instit. de vsucapio. sequitur Abb. num. 4. in dict. cap. vigilanti, communis ex Couar. dict. 2. part. §. 1. num. 3. Padill. in l. 2. num. 5. C. de seruit. facit l. de eo 40. §. si forte, vbi gloss. 3. & l. peregre 44. in princip. ff. acquirend. possess. vbi inducitur amissio possessionis, ex eo quod dominus suæ possessionis obliuiscitur, quod quidem ex argumentis, & inditijs colligi potest.

6 Vltimo facit quod nulla videtur consideranda differentia inter seruitutem prædij, & hominis, vt sicut in illo ius seruitutis, amittitur longo non vsu, & libertas acquiritur ei qui scienter possidet, fundum seruituti obnoxium, ita vt extinctio seruitutis procedat si dominus longo tempore desinat vti, seruitute debita, nec extinctioni obstat mala fides possessoris, quia hæc præscriptio non procedit ex possessione, & facto præscribentis, sed ex negligentia alterius, cui seruitus debetur, obseruat Hostiens. in

summa

summa titulo de præscriptio rerum immobil. §. quæres. num. 4. Bart. in l. sequitur. §. si viam per tex. ibi ff. de vsucapio. sequntur plures vt per Gabriel sub titulo de præscript conclus. 3. & 4. addit. ad Bernar. regul. 578. Peres ad l. 3. titul 13. libr. 3. Ordinat. gloss. 1. verbo contrariam sic pariter seruus per domini patientiam fit liber, ex temporis cursu, extincta illa obligatione personali seruiendi.

7 His sic perpensis senatus censuit, quod cum seruus de quo agebatur per longissimum tempus, in possessione libertatis esset, nec à domino quẽ non latebat eius status, in seruitutem, dum viueret, esset reuocatus, non poterat per hæredem iterum in seruitutem redigi, nec eo mortuo eius hæreditatem nancisci, cum ex longissimi temporis cursu, vitium malæ fidei purgetur, quando vera non sit, mala fides vt distinguit Valasc. cons. 96. 1. part. numer. 6. sed præsumpta quæ assertio, aperto iure fulcitur, nam etiã res furtiuæ longissimo tempore præscribuntur, vt sentit gloss. communiter recepta in §. furtiuæ institut. de vsucapio, similis gloss. in dict. l. sicut per tex. ibi quem ad id expendit Bart. in l. sequitur §. 2 in fin. ff. de vsucapio. communis vt per Cæpolam in l. 1. nu. 10. C. pro emptore, & licet ille tex. non multum communi faueat vt expendit Angel. in l. 1. num. 2. C ne rei domini, nec similiter l. vltim. in fin. C. vnde vi quam Cępola & alij expendunt quia agit non de re vi possessa, sed de re quam quis vacantem inuenit, & occupauit. Tamen iuuatur communis ex rescripto vel epistola Imperatoris, cuius meminit Cuiat. libr. 10. obseruat. cap. 12. & insuper ex tex. in dict §. furtiuæ, ibi *nec prædicto longo tempore*, iuncto. §. præcedenti, ibi, *nullo tempore*, si aduertamus Imperatorem non sine misterio ibi loqutum fuisse, mutato sermone, nam supra dixerat rem sacram, & liberum hominem nullo tempore vsucapi posse, & subiungit rem vi possessam, & furtiuam vsucapi non posse, etiam longo tempore, plane intendens res furtiuas, & vi possessas longissimo tempore si accedat bona fides posse vsucapi.

8 Ex quibus confundetur sententia Alex. quem refert Aymon de antiquit. 4 part. cap mater nu 89. agentis de rebus vi possessis præscribendis, & pariter sententia Cassad decis. 6. de restitut. spoliat num. vltim. nec pro eorum sententia quidquam facit l. si quis emptionis § sed hæc C. de præscriptio 30. quia tex iste relatus ad §. præcedentem cui annectitur, non prohibet rem vi possessam præscribi, sed agit de illo qui per violentiam occupauit rem, quam alter, mala fide præscripserat, constituens quod si is intendat rei vindicationem, violentus possessor nõ potest opponere præscribentem non esse dominum, quia lex in odium violenti possessoris repellit exceptionem malæ fidei, quin imò supponit, & fingit præscribentem esse dominum, intendit gloss. verbo distinctione, & Salycet ibi Bald. in l. 1. in fin. ff. fam. hercisc. Duaren. in l. si alienam post princ ff solut. matrim. & multi ex nouioribus in §. Cato. Mascard. conclus. 539. nu 13.

9 Nec insuper obstabit tex. in d. cap. redintegranda, ibi *quacumque temporis conditione*, iuncta explicatione gloss. vltim. in fin. in cap. 2. de restit. spoliat. probata per relatos á Menoch. remed. 15. recup. num. 421. recepta ex Cassador. vbi supra, & praxi seruata ex Gabriele titulo de restit. spol. conclus. 5 à nu. 54. quia verius est remedium dict. cap. redintegranda, etiam longissimi temporis spatio perimi, ex Abb. in dict. cap. 2. num. 14. Bero. 39. Balb. 4. p. 4. principal. nu. 85. Menoch. vbi supra num. 418. Sarmiento 2. selecta. cap. 13. num. 2. Nec aliud suadent

illa verba quacumque temporis conditione, quia non dicit tex. quacumq; temporis conditione non obstante, sed quacumque temporis conditione res proprias possedisse noscuntur vt declarat Paulus cons. 105. libr. 1. col. vltim. quem sequitur Massa relatus à Sarmiento vbi supra, Menoch. vbi sup. num. 422. vnde conditio temporis ibi non refertur ad diuturnitatem, sed magis ad alias qualitates, vt puta tempus pacis, belli, absentiæ, vel similibus.

10 Nec obstat insuper authoritas legis duodecim tabularum, in illis verbis æterna authoritas esto, quia licet olim attento illo iure res furtiuæ perpetuo possent vindicari, tamen quia iam hodie ea quæ æterna & perpetua sunt in iure, saltem longissimo tempore præscribuntur, iuxta tex. in princ instit. de perpetuis & temporal dict l. sicut, & l. omnes. l. quod si nolit ad fin. vers. si vero. ff. ædelit. edict. iunctis resolutis per Couar. 2. resolut. cap. 9. num. 1. Tiraquell. de retract. titul. 2. §. 1. gloss. 2. num. 12. Inde fit, quod licet furtiuæ res, ex dict legis duodecim tabularum, & Attiniæ prohibitione, perpetuo vindicari possint, tamen ex nouo iure id quidem licet, si adsit bona fides saltem præsumpta, nec oberit si quis obijciat, quod adhuc non purgatur vitium rei furtiuæ, cum non redierit in potestatem prioris domini, satisfit enim, quod illud procedit vt ordinario tempore præscribi possit, nam longissimo tempore præscribitur durante vitio, ex authoritate legis, sicque explicari debet sententia Soti in 4. de iustit. quæst. 5. artic. 4. vers. tertio, dum resoluit rem furtiuam præscribi posse à bonæ fidei possessore, vt procedat in præscriptione longissimi temporis, nam temporis breuis cursus non sufficit, sicque procedit tex. in l. 1. C. de seru. fugit. l. 1. C. de præscript. long. temp. quæ pro liberate cum alijs de quibus in princ. Vnde quando seruus verosimilibus causis, & argumentis ductus longissimo tempore se pro libero gessit, patiente domino, qui contradicere potuisset, non est dubium suam libertatem præscripsisse, seu potius extinxisse seruitutis ius, vel exceptionem contra dominum acquisiisse, ne seruire compellatur.

11 An autem hoc casu dominus conseruet ius patronatus, dubium est, in quo Senatus censuit quod cum hoc casu seruus beneficio legis liber effectus fuerit, nullum ius patronus retineat, sicut alias solum manumissori debetur legitima, cap. episcopus, cap liberti. 12. quæst 2. Paulus decitadi in tractat de iure patron. 2. part. num. 2. Imperat. in § cum vero instit. de successio libert. nec obstat quod qui patitur seruũ vel rem vsucapi, videtur manumittere, & alienare vt multis cõprobat dominus pater meus de extinctione emphyt. quæst. 1. à princip. Doctores in l. alienationis. ff. de verbor. signi. quia satisfit illud non procedere in eo qui à lege fit liber, quia cum à lege in præmium manumissionis patrono relinquatur ius patronatus, in seruo, non sufficit pati, & non contradicere, sed oportet vt ipse actũ gerat, vt manumissionis ius acquirat, & ius patronatus respectu cuius illi debetur legitima. l. cum patronus. ff. leg. 2.

SVMMA-

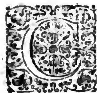
SVMMARIA.



1 Gerens negotia pupilli tacite hypothecare censetur bona sua. nu. 1.
Creditur qui prius sententiam habet præfertur in executione. n. 2.
Actoris bona tacite hypothecata sunt minoribus pro negotio gesto. ibi.
Creditor priuilegiatus pecuniam non priuilegiato solutam reuocat. n. 3.
Explicatur Ord. lib. 3. tit. 91. §. 1.
Pecunia quæ communi mandato recepta est debet æqualiter inter omnes diuidi. n. 5.
Actor quando quis dicatur. ibi.
Ius prælationis consideratur respectu bonorum debitoris.
Pecunia illa consideratur in genere hypothecata vt consumptione non censeatur sublata obligatio. n. 6.

DECISIO VII.

An quando plures creditores communi procuratori mandatum concedunt, ad exigendas pecunias nomine communi, concurrant inter se, & admittendi sint æqualiter, vel an minores qui in mandato etiam intercesserunt, præferendi sint, reliquis creditoribus in pecunia reperta debitoris, ipso mandatario effecto non soluendo, ad Ordinat. libr. 3. titul. 91. §. 1.



1 CVM filij hæredesque Egidij Diaz d'Orta agerent contra Simonem Pirez solis, peterentq; sibi adiudicandam esse certam pecuniæ quantitatem post fugã procuratoris cõmunis repertã, quæ à communi procuratore recepta fuerat, in cuius exactione dicebãt se esse præferendos, ex eo quia minores erãt, ex speciali hypotheca quæ à lege tacite contrahitur, ab his qui negotia pupillorum gerunt, de qua in l. si negotium ff. de priuil. creditor. se Reus defendebat quod mandatarius post receptam pecuniam debita contraxerat, seque debitorem illius summæ profitebatur, in scriptura confecta ab eo, priusquam è regno proficisceretur, vnde licet recepisset alienos nummos, cum postea ex illis sua debita soluisset, sola supererat personalis actio, contra debitorem, ex reg. l. si alieni ff de solutio. ibi, *Si mixti essent ita vt discerni non possent eius fieri qui accepit in libris Gai scriptum est*, idem probat tex. in l. nam etsi fur. ff. si cert. petat. Barbos. in l. si alienam num. 5. ff. solut. matrimon. Bart. in l. singularia ff. si cert. petat. vbi Angel. col. 7. dicit casum mirabilem, communis ex Ias. ibi num. 13.

2 Vlterius vnus ex creditoribus sententiam contra dictum debitorem communem absentem reportauerat, seque præferendum esse reliquis asserebat, in executione dict. pecuniæ post discessum debitoris repertæ, ex lege Regia libr. 3. titul. 91. § 1. quod etiam procedit, etiam si alij creditores habeant hypothecam anteriorem, vt iudicatum refert Afflict. decis. 190. Capi.

decis 78. num. 1. Couar. practicar. cap. 29. num. 2. & dicit receptum Menoch. cons. 25. num. 1. quod vero creditor prius petens debitum, sit cæteris in solutione præferendus, sentiunt Ang. verb. emptio. 2. n. 4. Petr. Nauar. lib. 4. de restitut. c. 4. nu. 39. Nauarr. c. 17. nu. 49. Azor tom. 3. lib. 4. cap 36 quæst. 6. Lessius libr. 2. cap. 15. num. 39. & Valentia tom. 3. disputat. 5. quæstion. 6. puncto. 10.

Verum pro parte minoris facere videbatur, quod mandatarius seu procurator constitutus ad recipiendam pecuniam communem, fuit Actor á tutore constitutus. §. fin. instit. de curator. l. actor. ff. rem ratam haberi, cuius bona tacite hypothecata sunt minoribus, pro negotio gesto, Neguf. de pign. 4. membr. 2. part. princ. nu. 9. Bart. Angel. Salycet. in l. 3. C. de hæredit. actio. Decius cons. 349. num. 10. eleganter Surdus cons. 4. nu. 19. libr. 1. nec aliud in actore requiritur constituendo, quam tutoris authoritas ex Parlad. differentia 68. nu. 3.

3 Vnde dato concursu inter creditores, non est dubium minores præferendos, imò posse pecuniam prioribus non priuilegiatis solutam reuocare. l. pecunia. ff. de priuil. fisci, & est recepta opinio vt per gloss. receptam in illo tex. ex Bellapertica, Castrensi, Salycet. ibi Bart. in l. pupillus ff. quæ in fraud. Barbos. in l. 1. 6. part. num. 21. vers. contrariam, Matienç l. 7. titul. 16. libr. 5. ordinam. gloss. 5. num. 16. & in practica obtinuisse testatur Auend. l. 32. Tauri gloss. 1. numer. 8. Surdus qui dicit communem cons. 4. numer. 26. libr. 1. quod procedit etiamsi secundo creditori soluatur, ex causa seu titulo oneroso Gouar. vbi supra nu. 24.

Et quanquam contraria sententia, quam Afflictus sequitur, decis. 190. esset amplectenda, adhuc secundum eum quando pecunia secundo creditori soluta, consumpta non est, creditor hypothecarius illam reuocare potest, vt per Barbos. dict. 6. part. num. 23. igitur cum hæc pecunia hodie extet, & deposita, res manet sine dubio, quia etiam Afflictus & Sequaces admittunt, quod creditor qui habet actioné priuilegiatam, ex hoc capite potést reuocare solutionem. gloss. in l. sed an hic ff. quod cum eo, Roman. cons. 111. Iason in l. inter eos ff de re iudic. Cephalus cons. 86. num. 4. libr. 1. Gregor. l. 11 titul. 14 pact. 5. verbo Han demanda.

Nec obstat Ordinatio. d. titul. 91. §. 1. deducta ex l. pen §. 1. ff de except. rei iud. dum concludit hypothecam non præferri, quando simplex creditor prius sententiam reportauit, & eam exequitur, quia illa ordinario solum habet quod si creditor priuilegiatus sciat, litem moueri, fierique executionem, in bonis sui debitoris, & tacuit tunc sibi præiudicat, ob negligentiam, vt non possit reuocare solutum, ex l. pupillus. 24. ff. quæ in fraudem; si vero ignorauit vel aliquid fecit per quod non videatur negligens, tunc executionem iam factam ratione sui priuilegij, reuocabit, facit l. edicto 13. §. cum autem. ff. de iur. fisc. quia cum negligentia ei nequeat imputari, debet ei succurri, vt in simili tradit Paulus in l. si fideiussor. §. si insolidum ad fin. ff. de fideiuss. Alex. in l. 4. § condemnatum. nu. 17. ff. de re iudic. vnde cum minoribus nequeat imputari, illud quod in alio regno gestum est, nec alia bona debitoris suppetant, nulla ratio patitur, vt admittendi non sint, prosequitur latissime Gutierr. libr. 3. pract. q. 100 per tot.

5 Verum Senatus aliter censuit, nempe pecuniam repertam inter omnes creditores diuidendam, pro qua parte facit tex. in §. duorum instit. de rerum diuis. nec minoribus in hoc casu, aliquod priuilegium competere, cum mandatarius qui ex eorum mandato

dato pecuniæ exactioni præpositus est, actor minorum dici nequeat, actor enim ille solus est, qui iudicis authoritate constituitur, ex dict. §. fin. d.l. actor. ff. rem ratam, dicitur enim ex actis vbi cauet, & se obligat, pro pecunia imó tutor vel curator solus non potest procuratorem constituere ad pecunias pupilli vel adolescentis. prosequitur late Rebuff in l. 19. ff. de verbor. signi. per tex. in l neque tutores C. de procurator, sed debet actorem mittere.

Vnde cum actoris non detur officium, defficit & hypotheca bonorum, quæ etiam induci non potest in hoc casu ex dict. l. si negotium quæ solum agit de eo qui pupilli negotia gessit, cui ob fragile iudicium, & ætatis imbecillitatem illud á lege conceditur, non vero procedit respectu minoris iam pu[bert]ris effecti vt in præsenti erat.

Insuper quia iura quæ pro contraria parte adducuntur circa prælationem in hoc casu, nullo modó locum habere possunt, quia ius illud prælationis, & hypothecæ, potest habere locum respectu bonorum debitoris, vt in his bonis qui de iure præferri debeat, prius admittatur, vt citata iura euincunt, non tamen possunt habere locum, in quantitate de qua in præsenti, quæ omnium creditorum erat communis, ad quam omnes pro suá parte debent admitti, nulla prælationis facta consideratione.

6 Nec obstat quod alieni nummi commixti efficiuntur recipientis, & ideo cum procurator pecuniam recepisset, imó & eam vni ex creditoribus consignasset, iam videntur admitti, ad pecuniam & bona debitoris, quia satisfit, quod illa pecunia cum constet quod sit eadem quæ á procuratore, virtute mandati recepta est, transit cum sua causa, & consideratur in genere, & nunquam potest censeri consumpta, ad imaginem hypothecæ, quæ in pecunia aliena constituitur, quam creditor hypothecarius, solutam alij reuocat, etiamsi in specie dicatur hypothecata, quia licet eo casu ea consumpta, censeatur expirasse ius hypothecæ, tamen ex iusta causa potuit lex statuere quod potiori creditori competat, condictio ex lege ad eam reuocandam, l. fin. §. etsi præfatam. C. de iur. deliber. sicque esse receptum dicit Stracha. titul de decoctor. vlt. part. §. fin. num. 3. Gutierr. dict. libr. 3. cap. 100. num. 9. Capi. decis. 78. numer. 5. Barbos. in dict. l. 1. 6. part. numer. 20 ff. solut. matrimon. quod quidem pariter recipiendum est, respectu cuiuslibet creditoris, & á fortiori respectu domini, qui habet ius prælationis, ad illam pecuniam, quã constat esse sui, vt in præsenti constabat, vt etiam soluta reuocetur, vt soluatur vero domino, quod sine dubio procedit, quando adhuc extat apud depositarium.

Nec pariter obstat dict. Ordinatio. titul. 91. §. 1. quia agit de prælatione in executione facienda, in bonis debitoris, nos vero agimus de bonis communibus ipsorum creditorum, de quorũ diuisione agitur, in quibus executio ad instantiam vnius ex creditoribus fieri nequit, nec præoccupatio aliqua considerari potest, de qua in l. inter eos. ff. de re iudic. sicque iudicatum fuit in dict. processu cuius scriba est Freitas.

SVMMARIA.



Erba institutionis semper attendenda sunt. n. 1.

In maioria electiua potest nominari remotior. ibi.

Quando vocantur de stirpite vel trunco descendentes omnes de familia comprahenduntur. n. 2.

Qui iam admisit collaterales non amplius videtur illos exclusisse. ibi.

Grauatus eligere de familia, & trunco debet eligere illum in quo illæ duæ qualitates concurrunt. nu. 3.

Qui vocat familiam de sua sentire intelligitur. ibi.

Familiam suam duobus modis quis vocare potest, vel in genere, vel in specie. ibi.

In dubio potius intelligendum est vocasse in specie. ibi.

Qui vocat consanguineos de stirpe matris de illis solum intelligit qui ab ea descendunt. n. 4.

Stirps quo modo dicatur. ibi.

Interpratata l. pronuntiatio. ff. de verbor. signi. n. 5.

Materia fideicommissi est odiosa. n. 6.

In fideicommisso interpratatio facienda est vt potius soli descendentes inuitentur. ibi.

Quandiu reperiuntur agnati simul & descendentes præferendi sunt. n. 7.

Ordo scripturæ obseruandus est. n. 8.

Prouisio hominis facit cessare legis prouisionem.

Priuato patre iure succedendi exclusi etiam censentur eius filij. nu. 9.

Intelligitur si exclusio habe[illegible] perpetuam, ibi.

DECISIO VIII.

De successione maioratus in cuius institutione vocabantur illi qui essent de agnatione stirpe & trunco certæ personæ, ad Ord. lib. 4. tit. 100.



Ostquam decedens P. in suo testamento maioratum instituit hæc verba addidit; *Declaro que sendo caso que meu sobrino queira logo, ou em algum tempo por si, ou por outrem por duuida à nomeação que atras deixo feita de mòrgado, que meu pay Christouão Lopez instituyo, dizendo que lhe pertence, & que não nomeey bem, pondo a isso demanda, & dandose sentença por elle: Ey por bem & mando por minha vltima vontade, que a capella que ao ditto meu sobrinho deixo por esse mesmo caso & razão elle à não possua mais, antes quero & ey por bem de logo nomear, como nomeo nella, à meu primo Diogo Freire, para que elle à possua com a cousa sua, que quero que seja, & por sua morte nomearà em hum parente da geração, & tronco de minha mãy Anna Freire, de maneira que sempre andarà na geração & tronco de minha mãy Anna Freire, & não poderà passar à outra algũa geração.*

Contigit quod ille consobrinus exclusus à successione maioratus, in euentum futuræ litis, illam mouit, & ex ea causa à capellæ administratione repulsus est. & ad Didacum Freire delata fuit, qui cum sine filijs postea decessisset, tempore mortis nominauit post

post se fratrem suum.

Litem nouam instituit, tum temporis ille qui exclusus erat, nominationem impugnans, ex clausula testamenti, quæ præcipit vt nominetur descendens ab Anna Freire, à cuius stipite & trunco nominatus non descendebat, liti se opposuit eiusdem actoris filius, eo fundamento quod quando patet esset excludendus à successione quod conditioni non paruerit, hoc non egrediebatur, eius personam cum non perpetuo exclusus fuerit nec eius descendentes.

1 Quæstio est valde dubia, si ad iuris fontes, si adtestantis dispositionem, verborumque institutionis sensum attendimus, ex quibus vltimi elogij interpretationem, & disponentis mentem metiri oportet, iuxta tex. in l. Mæuia ff. manu. test. l hæredes palam §. id etiam ff de testam Mantic. de coniectur. lib 6. tit. 13. à princ.

Et primo videbatur Actorem, ipsiusque filium, omni destitutos esse actione, quia ex verbis testamenti constabat, electiuam maioriam constitutam esse, cum potestate nominandi post se alium possessorem dummodo sit de familia matris defuncti, quo casu posse nominare remotiorem nemo ambigit, proximiori spreto. l. vnum ex familia. §. si de lege falcidia ff de leg 2. ibi eodem vel dispari gradu, Molin de primogenit. libro. 2. cap. 5. nu 3. adeo vt si vltimus possessor sine nominatione decedat, proximior illi nominatus censeatur, argu. Ord. lib 4. tit. 100 § 2. & lib. 4. tit. 38. §. 2. & finandose quæ proximiorem decedenti, præfert alijs de sanguine instituentis, Gama decis. 258 num. 4. vbi Mena conclus. 1 & decis. 354. num. 9. Molin. de primo libr. 3. cap. 9. nu. 2.

Deinde contra Actorem faciebat, quia ipse prius electus fuerat ad maioriam, & de ea inuestitus sub illa conditione resolutiua, nisi contraueniret, testatoris nominationi, cui conditioni non paruit, seque à maioratus successione suo facto exclusit, ex quo sequitur quod talis exclusio debet censeri procedere ex odio testatoris, cuius voluntatem oppugnauit, ex reg. l Lutius. §. Lutius Titius damñ ff. de leg. 2. ex quo sequitur quod talis exclusio ipsum incapacem reddidit, vt inposterum admittatur, Bart. in l. vlt. §. 1. ff. ad Tertull. Peregr. de fideicõmiss. art. 22. num. 12. Andreas gallus obserua 148. Fachin lib. 2 c. 45. Paris cons. 22 nu. 6. lib 1. Quod obtinet etiamsi cesset exclusionis ratio, ex Chassan. cons 4 nu. 110 & est tex. in l. filiusfam. § cũ quis ff. de legat. 1. l. ex facto. § pen. ff. ad Trebell. Ias. cons. 51. nu. 2 lib. 3 Rymin. cons. 29 nu. 10. lib. 2. Deci. cons 46 nu. 25. Cephalus cons 330. nu. 34.

Quod obtinet etiamsi defficiant hi, propter quos exclusus fuit, quæ quidem exclusio necessario debuit esse perpetua, quia sub illa conditione admissus in perpetuum, sub eadem etiam censeri debet in perpetuum exclusus, vt contrariorum eadem sit regula, probat tex. in l. aliquando de leg. 1. l. quod pure. ff quando dies legati ced. Surdus cons 193. nu. 44. lib. 1. & decis. 7. n. 19. ne alias ex actu á se impugnato cõmodum reportare possit, l. Papinianus. § meminisse. ff inoffi. testam. Gabriel de reg iur. concl. 1. n. 1.

Nec obstabit quod testator solum videtur d. actorẽ priuasse possessionẽ maioratus, quod solũ respicit fructuũ cõmoditatem, nũ vero ius succedendi, quasi magis successio suspensa fuerit, quam sublata, prout dixit Peregr. de fideicõmiss. d. art. 22. nu. 20. & 21. quia responderi potest, illam priuationem possessionis respicere, etiam proprietatem rei, cũ in maioratibus nihil aliud transferatur in possessores, quam ipsa fructuum cõmoditas, & ius percipiendi redditus, in vita possessoris, licet recipiens vere dominus sit quoad viuit.

Vnde

Vnde illa eadem prohibitio, quæ in Actore circa fructuum perceptionem reperitur, dici debet continuata, in eius successores, & á primo ad vlteriores gradus porrigi, argum. l. licet Imperator. ff. de legat. 1. cum illi à radice infecta procedant, nec melioris possint esse conditionis quam ille, à quo causam habent, eademque causa odij in eos diriuetur, Osascus decis. 23. num. 48. Pinel. in l. 3. num. 27. C. de bon. mater.

Tertio clausula testamenti, clare disponit quod nominabit consobrinus consanguineum de trunco, seu stipite & generatione Annæ Freire, quod idem est acsi familiam vocasset, inter eosque de familia electionem concessisset, compræhendi enim sub hac vocatione agnatos, & cognatos dixit expresse D. Caldas Pereira de nominat quæst. 34. numer. 66 ex Paris. cons. 15 lib. 3. Bald. & Imol. in l. peto. §. fratre. ff. de leg. 2. idem Paris. cons. 47. lib. 3. nu. 51. Et quod verbum stips seu cypus compræhendat cognatos, & agnatos, & transuersales, tradit. Angel. Paul. & Ias. in l. fin C. de verbor. signi. Curtius Iunior cons. 172. Peregrin. de fidei. d. art. 22. num. 29. & 35. Menoch. cons. 85. nu. 92. lib. 1. & 197. n. 7. Tiraq. de retract. tit. 1. gloss 9. nu. 4.

Quod comprobatur quia etiamsi testator vocaret lineam, adhuc transuersales admitterentur, & abeodem stipite descendentes, Socin. in l gallus §. nunc de lege ff. de liber & posthum. post Dec. cons. 379. num. 1. & 4. Paris. cons. 40. nu. 42. libr 2. Cephalus cons. 313. à 57. Mantica de coniectur. libr. 8. cap. 12. nu. 20. late Menoch. lib. 3. cons. 233. nu. 18.

2 Vltimo facit quod testator prius familiam vocauit, secundo loco truncum seu stipitem, ibi, *da geração & tronco de minha mãy*, idest de generatione & trunco matris meæ, quæ verba satis ostendunt causam finalem suæ dispositionis eam fuisse vt maioratus in familia conseruaretur, vocando contentiue familiam, ita vt omnes in eadem vocatione compræhendantur, l. pronuntiatio. § familia. ff. de verbor signi. non vero effectiue, in eum sensum vt solum descendentes á matre præferret, non enim debemus intelligere, sensisse de descendentibus matris, vt transuersales excluderet, cum ipse testator descendentes non habuisset, & transuersales sint respectu eius matris descendentes, ac sunt alij agnati & consanguinei. Si igitur coniectamur ipsius voluntatem, hæc esse videtur, sequendo loquendi morem, præsumendumque est, quod si testator interrogaretur, an post mortem consobrini, eius frater nominati posset, quod ipse respōderet quod sic, cum par affectionis ratio versetur, inter vtrumque, quia cum primo loco admiserit collaterales, non videtur illos voluisse amplius excludere.

3 Quibus non obstantibus contrarium de iure verius videtur, quod defunctus cui electio cōmissa est, per illa verba *geração & tronco de minha mãy*, deberet eligere illum in quo illæ duo qualitates concurrebant, quod esset de familia & trunco, non vero alium de familia transuersalem qui non esset de cypo quod ex sequentibus ostenditur.

Quod mentem testatoris quæ in omni dispositione prius obseruatur, ex forma dispositionis, & verbis interpretamur, iuxta iuris communis præcepta, secundum quod si testator ad successionem vocat stirpem, familiam, & genus de suo sentire intelligimus non vero hæredis, Bero cons. 176. numer. 22. libr. 2. Roman. decis. 649. Ripa in l. ex facto numer. 6. ff. ad Trebell.

Suam autem familiam duobus modis quis vocare intelligitur, vel in genere, vel in specie. Primo modo

modo quando voluit inuitare omnes de familia agnatos, vel transuersales, l. pronunciatio. §. familiæ. ff. de verbor. signi. Menoch cons. 233. lib. 3. num. 15. Secundo modo in specie quando de solis descendentibus à sua stirpe sentit, quod si nec verba, nec coniecturæ suadeant, quomodo interpretanda sit dispositio, in dubio potius intelligendum est, in specie familiam vocasse, vt scilicet eius tantum descendentes inuitati censeantur, ita respondit Paris. cons. 51 nu. 10. libr. 2 & plures quos citat Menoch dict cons 233. num 16. & fuit Bart. in l. hoc legatum. ff. de leg. 3. Tiraq. in l boues. §. hoc sermone. 1 p. num 85. idem Bart. in l. peto §. fratre num 1 ff. de leg. 2. idem Menoch libr. 4. præsumpt. 88. nu. 2. vbi refutat opinionem Gabrielis cons 213. libr. 3 col. 2. & Dec. cons. 321 nu. 8.

4 Secundo est notandum quod quando filius testamentum condit, & de stirpe matris suæ vocat successores, in illa dispositione, omnes & soli illi vocati censentur, qui à matre descendunt, non vero cæteri agnati, collaterales, nam stirps dicitur truncus, siue origo, & radix ex qua proueniunt germina, & virgultæ ex trunco productæ, probat l si seruus. §. idem in sylua ff. ad l. Aquil. l. 1. §. 1. ibi, *à stirpe excidendam.* ff. arbor. cædend. Vnde stirps quando ad homines refertur ad similitudinem arborum, dicitur origo generis de quo est tex. in l. si quis. C. de inoffic. testam. & solos descendentes ab illo qui stirpem constituit, compræhendit, gloss. in c. ad sedem. 35 q. 5. verbo stipitem, & in cap. quod dilectus de consanguinit. Rebuff. in l. ager §. stipendium, verbo stipites. ff. de verbor. signi. Thusc. 2. tom. lit. D. conclus. 261. idem Rebuff. in l. sylua cædua. ff. de verborum signi. vers. vnde dicimus fol. mihi 243. Imol. in l. ex facto. §. si quis rogatus. num. 5. ff. ad Trebell. Paris. cons. 87. num. 24. libr. 3. Alciat. respons. 546. vers non obstat Menoch. cons. 327 numer. 31 & cons. 376. num. 33. lib. 4.

5 Tertio quod quando testator vocat familiam matris, & gentem ipsius familiæ, dubium est graue an transuersales comptæhenderit, an vero ad solos descendentes ab ipsa matre, restringenda sit, cum Iurisconsult. in l. pronuntiatio. §. familiæ. ff de verbor. signific. quia familia duobus modis accipitur, aut iure proprio, aut communi. Primo modo solum compræhendit descendentes: secundo vero modo comprahendit omnes, qui sunt de domo, & parentella, vt ibi declarat Alciat. quod idem est acsi dicamus quod sumitur interpretatio in genere, vel in specie, in genere, vt etiam omnes collaterales contineat, in specie, vt omnes & solos descendentes, ex Bart. in dict. l. hoc legatum, Menoch. cons 233. nu. 16.

6 Vnde fit quod cum materiæ fideicommissi sit stricta, & odiosa, l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de vulgari, Menoch. vbi supra numer. 19. semper in dispositione quæ familiam inuitat, ea interpretatio sumenda est, in specie, & effectiue, vt solos descendentes inuitet, non vero contentiue & in genere, vt omnes de familia vocati censeantur, qui sensus in nostro casu comprobatur ex illis vltimis verbis, ibi, *de maneira que sempre andarà na geração & tronco de minha mãy*, hoc est quod non exeat de generatione matris meæ in quo quædam versatur personalitas, respectu ipsius matris, ex Ripa in l. si filiusfamil. §. diui num. 111. ff. de legat. 1. plures quos citat Tiraquell. de retract. conuention. dict. §. 1. gloss 6. numer. 25. Significauit ergo testator se, velle bona sua conseruari in familia matris, ne ab illa egrediantur, ac proinde non intellexit de familia in genere, sed in specie & effectiue.

7 Illud vltimo noto quod siue dicamus, in hac vocatione compræhendi solos descendentes à matre, siue in genere, siue in specie, illud semper est obseruandum, quod quandiu reperiantur cognati, & descendentes simul, hi semper preferẽdi sint, cognatis simpliciter, nam cum in d. institutione vocati sint, *os da geração & tronco*, quod & cognationem, & descendentiam denotat vtique ille in quo illæ duæ qualitates reperiantur, debet præferri, illi qui vnam tantum induit; nam personæ huius secundi ordinis videntur vocatæ in deffectum priorũ, & sic ordine successiuo argum. l. hæredes mei. ff. ad Trebell. l. cum pater. §. de te peto ff. de legat. 2. quod adiuuatur naturali præsumptione, qua interpretamur, testatorem magis dilexisse parentum descendentiam, quam cõsanguineos collaterales, vt per Doct. in l cum acutissimi. C. de fideicomm. Crassus. §. testamentum. quæst. 76. nu. 16. Menoch præsumpt 16. lib. 4. nu 5.

Ex quibus principijs, & alijs notatis á sapientissimo Collega Dionisio de Mello de Castro, viro quidem sapientissimo & nobilissimo, & à D. Ferdinando Cabral sapientissimo omnes pariter censuimus oppositorem esse præferendum, & necessario nominandum, ab vltimo possessore, in quo cõsiderabantur illæ duæ qualitates, scilicet descendentiæ, & generationis parentellæ seu familiæ d. Annæ Freire.

8 Cui resolutioni non obstat primum fundamentum in contrarium, nam si attendimus ad verba testamenti, constat electionem non fuisse liberam, & absolutam, vt in l. cum quidam. ff. de legat 2. & in d. §. de lege falcidia, sed restrictam ad familiam, & truncum matris in specie, vt prius descendentes ab illa debeant nominari, cæteri vero de familia, in deffectum descendentium, ordine scripturæ, obseruato, adeo vt si vltimus possessor, non nominauerit, proximior descendens agere statim possit, quasi in specie vocatus absque alia nominatione l. cum ita. §. in fideicommisso. ff. de legat. 2. excluderque proximiorem vltimo possessori, qui non descendat à matre, quia ex prouisione hominis cessare debet legis prouisio, succeditq; doctrina Bart. in l. si cognatis. ff. de rebus dub. num. 5. vbi ait valere fideicommissum, relictũ familiæ alicuius, & eundem modum succedendi obtinere ex Molin. libr. 1. cap 4. num. 42. Molin de iustit tract. 2. disput. 589. ita vt filius vnius fratris nõdicatur de stipite alterius fratris, Socin. consf. 104. Paris. consf. 87. numer. 25. lib. 2. Alciat. responsf. 546. Menoch. consf. 328. num. 31. & consf. 376 nu 34. vol. 4.

9 Ad secundum quod ipse Actor ex facto suo priuatus fuit, spe huius successionis, & per consequens eius filij & descendentes, respondetur quod quando causa qua quis priuatur, non est perpetua, non egreditur personã, imò ex materia subiecta, & forma dispositionis, etiam respectu ipsius exclusi, potest esse temporalis, Menoch. libr. 4. præsumpt. 85. num. 2. Cassana. consf 38. num. 113. maximè quando exclusio non procedit ex odio, prout in præsenti, quæ ligare solet descẽdẽtes, in quibus reperitur eadem ratio, ex Surd. decisf. 41. num. 8. Molin. libr. 3. cap. 5. numer. 53. quia si attendimus, testator non ex odio priuauit consõbrinũ hac successione, sed ex eo quod casu quo ipse possedisset alterum ex maioratibus, noluit vt vtroque frueretur, sed illico ad alium consobrinum spectaret, vt vterque pari substentatione viueret, quæ consideratio, omne remouet odium, ex his quæ Peregrin. art. 25. num. 24. maxime quia ijdem excluso in eodem testamento, alia bona reliquerat, quod efficax est argumentum, ex alia causa quam odij dictã exclusionem processisse.

Vnde

Vnde non inconuenit vt excluso dict. patre oppositoris ipsius filius ex noua causa admitti valeat, ad maioratum, quo pater priuatus extitit, non perpetuo sed ad tempus certum, & ex causa limitata quæ in filio non reperitur prosequitur Molin. lib. 3. c. 5. n. 52. Ceruantes ad l. 9. Tauri num. 104.

Ad reliqua argumenta respondetur ex supra dictis.

SVMMARIA.



Acultas concessa vsque ad mortē est reuocabilis. n. 1.

Traditio rei non impedit reuocationem. nu. 2.

Nominatio irreuocabilis reuocatur præmoriente nominato. ibi.

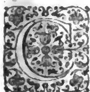
Ex titulo dotis sequta rei traditione fit nominatio irreuocabilis. n. 3.

Reseruatio vsusfructus facit nominationem irreuocabilem. ibi.

Intellectus Ord. lib. 4. titul. 37. §. 1. nu. 4.

DECISIO IX.

De socero nominante emphyteusim, & tradente qui postea reuocauit, ad Ordinat. libr. 4. titul. 37. §. 1.



VM P. haberet emphyteusim liberæ nominationis vsque ad mortem, eam genero in dotem dedit, eumque nominauit, in ipsa dote reseruata certa parte fructuum in vita sua, & in dote illa verba expressit, *que o nomeaua na forma do poder que tinha*; postea moriens nominationem reuocauit (quia gener iam eo tempore occubuerat) & alium filium nominauit, Didacum Sueiro qui contra viduam sororem insurgit, iudex in fauorem viduæ, & filiorum ipsius sententiam protulit, in Senatu placuit reuocandam primis Senatoribus, ex illis fundamentis.

1 Primo quia potestas concessa fuerat, vsque ad mortem emphyteutæ, & succedit Ordinat. libr. 4. tit. 37. in princ. iuncta regula. l. cum pater. §. à filia. ff de legat. 2. D. Caldas Pereira de potest. elig. 3. part. cap. 2 num. 38. nec fit irreuocabilis nominatio, ex titulo dotis, vel cum reseruatione vsusfructus, Valascus consi. 102. num. 36. & final. D. Caldas Pereira vbi supra cap. 4. num. 31. vers. sit igitur quidquid aliter sentiat Gama decis. 116.

2 Cui resolutioni non obstat rei traditio, & dominij translatio, quia traditio non mutat naturam actus præcedentis, l. Lucius. 22. ff. de legat. 1. Bart. receptus in l. legatum. num. 3. ff. eod. Afflict. decis. 272. num. 5. & in specie D. Caldas Pereira vbi supra 3. part. cap. 2. num. 34. & cap. 4. num. 22. maxime quia nominatio proponitur facta sub commemoratione tituli, ibi, *na forma do titulo, &c.* vnde vt nominatio fiat irreuocabilis, requiritur cessio & translatio totius juris, quæ in

in præsenti non reperitur prout requirit Ordinat. dict. titul. 37. §. 1. Cabed. decis. 103. Valasc. consf. 61. num. 4. Pinel in l. 1. 3. part. num. 95. C. de bon. matern. Quæ sine dubio procedunt quando nominatus præmoritur nominante, ex Ordinat. dict. titul. 37. §. 5. quia etiam nominatio irreuocabilis, eo casu reuocatur, ex tex. in l. 2. §. fin. ff. de option. legat. cap. si electio. 26. §. 1. de electione libr. 6. gloss. in l. 2. C. de condict. ob turpem, recepta ex Iasone in l. si dari, num. 3. ff. de verborum, Molin. de primogenit. libr. 2. cap. 4. num. 38. Vltimo quia dicta nominatio facta fuerat sine expresso vxoris consensu, per scripturam publicam, iuxta formam Ordinat. lib. 4. titul. 48. & merito ipsa modo admittitur ex eadem Ordinat. dict. titul. 48. §. 3. Barbos. 5. part. l. 1. num. 18. ff. solut. matrimon. nec testium probatio hoc casu admitti potest, sic limitata Ordinat. libr. 3. titul. 59. §. 11. quæ non reuocat prohibitionem Ordinat. dict. titul. 48. Cabed. 1. part. decis. 31. num. 3. cum quo non pugnat Valasc. alleg. 72. num. 43. si illum intelligamus quando contentio est super mobilibus.

3 Verum his non obstantibus, sentiebam quod ex titulo dotis sequuta rei traditione, fit nominatio irreuocabilis, nam in dict. §. à filia permittitur reuocatio in actu collato in tempus mortis, quando actus à sola pependet voluntate gerentis, non vero quando à principio gestus est cum aliorum consensu, vt in præsenti, vbi dos constituta fuit accedente generi consensu, & filiæ nubentis, cum ipso nominante, & succedit reg. l. nam si cum moriar. ff. de condict. in debit. explicat Ias. in l. sub conditione eod. tit. nu. 2. notab. 3. D. Caldas Pereira d. cap. 2. num. 49. quia potius eo casu intelligimus donantem á potestate reuocandi recessisse, quia implicat dotem cõstituere, quæ perpetuo manere debet penes dotatum, & reuocari posse, quod non ex liberali, sed ex onerosa causa accipitur, Barbosa in l. si ante, num. 15. ff. solut. matrimon. quam ipse vocat mixtã ex parte generi ob causam matrimonij in l. si ab hostibus nu. 16. illo titul & in l. si cum dotem. §. transgrediamur nu fin. eod. & fuit Bart. in l. si constante. n. 67. & in l. Mæuia §. fundus illo titul. nu 1. & ex hoc titulo, fit nominatio irreuocabilis D. Caldas Pereira cap. 2. nu 33. & c. 3. nu. 13. si enim reuocatio nominationis eo casu admitteretur, sequeretur, quod si prius moreretur, nominans posset alium nominare, qui emphyteusim à primo nominato auocaret manente eo obligato oneribus matrimonij, & liberorum educationi, & indotato quod nulla iuris ratio permittit, & videtur imbecillitas intellectus, legem quærere vbi adest naturalis ratio, cum enim cum titulo dotis concurrit vsusfructus reseruatio, sine vllo scrupulo resoluendum est, cessare reuocationem quia censetur dotans omnia iura cessisse, & á se abdicasse, potestatem variandi, quia ad illum actum nemo accedit, nisi cum animo perpetuo dandi, arg. l. sed nisi. ff. de iur. dot. accedit quia illa causa fuit vltro citroque obligatoria, & bona fides non patitur vt contractus claudicet; prosequitur D. Caldas Pereira dict. 3. part. cap. 4. num. 36. & 37. & in hoc casu res manet magis sine dubio quia & res ipsa tradita fuit in qua traditione plura reperiuntur notabilia, primum quod censeatur qui ex causa dotis tradit, omne iûs cessisse, ne dolosum faciat actum, insuper quod hæc traditio, non inducit commissum, quia fit ex permissione legis, D. Caldas Pereira dict. 3. part. cap 4. numer. 31. ante vers. sic igitur, licet Gama decis. 116. numer. 5 aliud sentiat, secundo quod non minus fiat irreuocabilis nominatio cesso omni iure, quam facta nominatione ex causa

causa dotis, re statim tradita, quia magis cum effectu cedit, omne ius qui rem ipsam tradit, quid enim oportet inquit Iulianus in l. de quibus ff. de legibus suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis vel factis, l. Paulus ff. ratam haber. D. Caldas Pereira d cap. 4. nu 32 & 34.

4 Nec aliud probat Ordinat. dict. titul. 37. § 1. quia limitatiue disponit, ad ea quæ prædixerat, posita namque regula quod actus cum relatione mortis est reuocabilis subiungit illa verba, *porem se o que tinha poder de nomear ate a morte trespassar a cousa aforada por titulo de dote, ou por qualquer outro*; quibus alternatiue loquitur de titulo dotis quasi hic per se sufficiat, vel alius ex quo detur translatio iuris, quasi ex dote semper actus fiat irreuocabilis, ex alio cōtractu si cessum fuerit ius, qui videtur sensus illius Ordinat. quod si eam intelligamus sine vlla differentia inter dotem & alium contractum, verius puto, quod requiratur in contractu quod illa verba ponantur cede, *& trespassa todo o direito*, quia illa verba explicant animum gerentis, & traditione rei magis animus explicatur quā promissione, & cessione ipsius verbali, sicq; non bene videtur sentire Valasc. d. cons. 102 nu. 36. quia satis cedit, qui tradit, & solam partem vsusfructus reseruat, l. quisquis. C & donatio nec obstat doctrina Bart. in l fundum. ff de actio emp. ex quo deducta est nost ord. d. tit. 37 § 5. vbi disponitur quod præmoriente nominato, redit ad nominantem potestas, iterū nominandi l. 2 ff. optione legata § data igitur ibi, & puto non consumi; quia illa ordinatio debet explicari per superiorem in § 1. quando contractus non sit irreuocabilis, vel ius omne cessum non sit, quia primo nominatus etiam si præmoriatur, ius illud transmittit quia in vita nominantis quæsitum, nec habet locū l. 1. § sin autem. C. de caduc tollend. elegāter D. Caldas Pereira d. c. 2 n. 44.

Aliud censuere patres grauissimi D. Nonius d'Afonsequa Cabral, & Didadus de Brito de Carualho iuris prūdentissimi quibus accessit D. Emanuel Coutinho de Castelbranco sapientissimus, fuit scriba Vianna.

SVMMARIA.



Eges ciuiles quibus nuptiæ cobibentur magis ad terrorem dicuntur condita quam vt obseruari debeant, in princ.

Ord. libr. 4. titul. 88. in princ. quo modo explicari debeat. nu. 1.

Prohibitio ne filiæ sine parentum consensu nubant non solum de iure ciuili sed canonico est. n. 2.

In contrahendo matrimonio matura requiritur deliberatio. ibi.

Interpratatum cap. sufficiat. 27. q. 2. nu 3.

Pœna legis ciuilis valida est quia est posita actui de iure canonico prohibito. n. 4.

Verba legis Regiæ ibi ante de 25. annos quō modo accipienda. n. 5.

Interpratata Bart. doctrina in l. qui hoc anno ff. de verbor.

Tribus modis potest dispositio concipi, vel in eum qui talem ætatem excedit, vel compleuit, vel ad eam peruenit. n. 6.

Lex Regia agit de filia quæ 25. annum non compleuit. n. 7.

An alimenta debeantur filiæ cui denegatur legitima. n. 8.

Filiæ exhæredatæ non debentur alimenta.

Alimenta ad vitam necessaria filiæ denegari nequeunt. nu. 9.

Legitimæ priuatio fit ad vindictam alimentorum vero ad correctionem.n.10.
Priuatio alimentorum est æqualis morti.ibi.
Verba Ordinationis ad solam legitimam diriguntur non ad alimenta.n.10.
Alimenta vel debentur formaliter, vel materialiter.ibi.
Conseruatio speciei est de ratione naturæ vniuersalis.ibi.
Dispar est ratio legitimæ, & alimentorum: num 11.
Cauendum est ab opinione Barbosæ.ibi.

DECISIO X.

An filia nubens ante 25.annum sine consensu parentis, etiamsi digno viro nubat sit priuanda legitima successione, Ordin.lib.4.titul.88.



CVM Emanuel d'Almeida duxisset vxorem, D.Ludouicam de Vilhena (filiam Petri Correa) sub anno 25. ætatis suæ. Parentem vxoris conueniebat vt illi dotem assignaret, ipse filiam dotare recusabat, eo quod nuptias delegerit, eo inconsulto ante completum vigesimum quintũ aunum ætatis suæ, contra dispositionem, Ordin. libr.4. titul.88. in princ. sententiam protulit Præses Curialis contra Actorem, quæ delata fuit ad Senatum, & re discussa ponderabatur in fauorem Actoris, quod leges Regiæ quibus libertas nuptiarum filijs cohibetur, magis ad terrorem videntur conditæ, quam vt ad vnguem eorũ rigor obseruetur, ex Dec. in l.nuptias ff.de reg.iur n 20. & in auth sed si post C.de inoffic.testam. nu.5.& 6. Guilel. in cap.Raynutius, verbo dotem nu.31. Couar.qui dicit cõmunem de sponsal. 2.p.c.3.§ 8.nu.6.Palat.in repet.cap per vestras notab.3. §.9. Matienço in l.2. gloss.4.lib.5.titul.1.nu.2.

1 Vnde verba Ordinationis non simpliciter debent accipi, sed illo solũ casu quando nubit indigno filia, vt conueniat cum auth. sed si post, à qua dessumpta fuit, vbi filia quæ in corpus peccat, vel indigno, prout si seruonubit punitur, secus vero quando nubit digno, idem deducitur ex auth, vt cũ de appel. cog.§. causas, vers. si alicui, resoluit Barbos. 4.p.l.1.nu.33 34 & 38. atque his & alijs medijs legem nostrã oppugnant, plures Doct. in cap.cum ecclesia de constitut.vbi Felin.nu.59. & 63.Deci.36. Syluan.cons.2.num.71. Gregor. in l.5.titul.7.part.6. verbo no querria, & l.10. tit.1.p.4. verbo puede, Peres lib.5.tit.1.l.1.& tit.6.l.1.Ord Gutierr.pract.lib.2.quæst.1. Azor.moral. 2.part.lib.2.cap.2. fol.127. Sanches de matrim.lib.3.cap 47. num.11.& libr.4. disput.25.Barbos.4.p. l.1. nu.43.& 48. Ægidius in l Titiæ.3 p. nu.2.cum pluribus ex antiquis ab ijsdem citatis.

2 Quorũ tamen fundamenta diluuntur, si consideremus, hanc prohibitionem, ne filiæ sine parentum consensu nubant, nõ solum de iure ciuili, verũ etiam de iure Canonico inesse, in cuius fauorem lex Regia in præsenti insurgit. Primum patet ex l.2 ff. de ritu nuptiar & princ.instit.eod. vbi parentum consensus in filiorũ matrimonijs requiritur, ex ea ratione quia iuri naturæ, quo parentes in liberos funguntur, sub quorũ potestate sunt, conuenit, ne citra patris consilium, aliquid de re tam graui vt est matrimonij vinculum, à quo totum vitæ pendet institutum, deliberet, & ipsa perpetuitatis ratio, & amoris nodus, quo debent coniuges vinciri, maturissimum in conciliandis nuptijs

nuptijs consilium desiderat, ne forte leuiter facti olim doleat grauiter prosequitur Guibertus libr. 1. quæst cap. 12. Hieronymus de monte in Miscellan. iur. quæst. 6. Ottoman. illustr. q 9. Soares ad leges fori nu. 21. Mencha de succesio creat. §. 10. nu. 63 Gail obseru. 94. nu. 19. Paleotus de nothis cap 8. ne contingat, vt nascantur auo inuiti sui hæredes, quæ fuit ratio Bart. in l. in bello §. medio ff. de captiuis, quam adducit Costa in §. si arbitratu ampliat. 9. num 4.

3 De iure vero Canonico patet, quia cap. sufficiat. 27. q. 2. ex quo deducunt solum in matrimonio contrahentium desiderari consensum, debet exponi, de consensu legitimo, qualis est omnis, & solus ille qui parentum voto confirmatur, cap. aliter 30. q 5. cap. non omnis. §. fin. 32. q. 2. peccat enim filia contrahendo sine patris cōsensu, ex Barbos d. 4. part. l. 1. nu. 36. in fin. Azor. d lib. 2. cap. 2. lit. E. prosequitur Paleotus d. cap. 8. Chassan. in catalog. part. 12. consid. 36. Corras. libr. 1. miscel. c. 17. nu 9.

4 Vnde cum lex Regia prohibeat actū, alias de iure Canonico prohibitū & pęnam addat, valide quidē disponit, ne parentibus iniuria irrogetur, quorū filia ius lædit spreto eorum voto contrahens, ex Paludan. in 4. dist. 28. q. 2. nu. 16. Alcia. de patria potest effectu 6. fol. 109. Sicq; non coniugium, sed cōiugij modus punitur, explicat Cuiac. lib. 3 obseruat. c 5. & docuit gloss. in c. de raptoribus, verbo excusata 36. q. 1. gloss. 1 in cap. fin. 32. q. 2. Alc. in l. 2. §. quod si in patris. n. 28. ff. solut. matrim. Duaren de nuptijs c. 2. ad fin Matien. in l. 2. tit. 5. lib. 5. Ordin gloss. 4. num. 1. Sarmiento lib. 1. select. c. 11. n. 8 Sanch. d. c. 15. nu. 1. Nec libertas matrimonij tollitur indirecte contra sacri Consilij dispositionem sess. 24. de reforma. c. 9. quia lex nō absolute impedit nuptias, sed præcipit ne fiant cum parentum iniuria, & contemptu, cum qua filiæ in ea ætate contrahunt, Gama decis. 334. Barbos. vbi sup. nu. 37. Vnde nihil iniustum præcipit, dum punit iniustè factum, non libertatem contrahendi adimit, sed iniustam libertatem (quæ magis licentia dici potest) ad regulam & modum legitimū reducit, Menoch. late cons 69. faciunt quæ Gutierr. lib. 2 pract. cap. 1. n. 16. & 17. licet Azeued. in l. 1. de los casamientos, putet illam legem per decretum Concilij abrogatam.

5 Hæc pro lege Regia ponderabamus, & statim occurrit an ex tali matrimonio esset Actrix punienda amissione dotis, & vltra ea quæ in principio ponderabam, in ipsius fauorem, adhuc conducere videtur quod petitrix non possit pœna legis affici attentis verbis Ordinationis, ibi *antes de vinte & cinco annos*, per quod verbū, *antes*, disponit l. qui filium 74. §. 1. ff. ad Trebell ibi, *quod si ante annum vigesimum decessisset*, & tamen attigisset vigesimum sufficit vt patet in fine, ibi, *contra petitricem pronuntiauit*, facit l. ad Remp. ff. de muner l. si ita fuerit 41. ff. de manumiss. testam. l. quod quis. 50. ff. de actio. l 1. C. quando dies leg. l. anniculus. 1. & 2. ff. de verbor. signi. l. pen. ff de diuers & temporal.

Nec satisfacit Bart. doctrina] in l. qui hoc anno ff. de verbor. obligatio. quod dispositio concepta verbo accusatiui, vel genitiui temporis, perfectionem & completum tempus desiderat, vt dicit esse communem Imol. in l. si cui legetur. ff. de legat. 1. post num. 2. Dyn. Cyn. Riminal in l. si in annos ff. de condit. & demonstrat. Contrarium resoluentes, si verba concipiantur in ablatiuo, quia tunc tempus initiatum significatur, quæ quidem traditio non est secura, ex his quæ Cuman. in dict. l. si cui legetur gloss. recepta in l. 3. §. minore. ff. de minor.

6 Quare noto quod tribus modis potest dispositio concipi, vel quãdo verba diriguntur in eum qui talem ætatem excedit, vel compleuit, vel ad eam peruenit. Primo modo excedere quis non dicitur nisi quando totus annus elapsus sit. l. 3. ff. de iur. immunit. l. 1. ff. de manumiss. Completum vero tempus dicitur quando annus ciuiliter completur attingendo vltimam diem illius anni, quia licet naturalis annus compleatur de momento ad momentum, quando sol ad eum Zodiaci locum, á quo egressus est reddit, l. 4 §. Stichus. ff. de statu liber. d. l. anniculus in fine, tamẽ annus ciuilis non vltima momenta includit, sed sufficit vltimam diem attigisse, d. l. anniculus 2. in fin ibi, *annum ciuiliter non ad momenta temporis idest horas, sed ad dies numeramus*. l. qua ætate. ff. de testam.

In vltimo tandem casu quando per verbum peruenit concipitur dispositio, sufficit attigisse annum, vt pro completo habeatur, Doctor. in Clem. fin de ætat & qualit d. l. qui filium. §. 1. ff. ad Trebell. facit Concil. Trid. sess. 23. cap. 12.

7 Atque ex his sine dubio est quod Ordinatio Regia, in d. titul. 88. agit de filia quæ vigesimum quintum annum compleuit, quia lex ætatem certam designans, & ante illam prohibens contrahere, aut obligari, ex mente statuentis exigit, totum tẽpus completum, prout in lege Æliessentia cuius meminit d. l. qui filium in fine, quæ dum prohibet minori 20. annis ne manumittat, non sufficit d. 20. annum attigisse, l. 1. ff. de manumiss. §. eadem instit. qui manumitt. non poss. facit l. fin. C. si maior fac. libr. 5. ibi post minorem ætatem completam Aldobrand. in princip. instit. quibus mod. tutel finit. quæ sententia ineuitabilis est in præsenti, consideratis verbis d. auth. sed si post, C. de inoffic. testam. ex qua prodijt hæc Ordin. cui similis est d. l 5. titul. 7. part 6. & l. 10. titul. 1. part. 4. vbi gloss. verbo puedela, & vltra Barbosam vbi sup. interpretatur Benedictus Ægid. huius supremæ Curiæ aduocatus Iurisconsultissimus, in d. l. Titiæ. 3. part num. 32. & corroboratur ex Ordinat. lib. 5. tit. 22. quæ punit masculum corrumpentem fæminam, ante illam ætatem completam cum vtraque lege idem puniatur excessus, ibi, *aefendemos que nenhũ homem case com algũa molher virgem, ou viuua honesta que não passar de vinte & cinco annos, &c.* debetque vna lex per aliam exponi, vt scilicet vtroque casu tempus cõpletum requiratur vt pœna legis euitari possit.

Quibus omnibus perpensis D. Vincentius Nogueira vir doctissimus, in ea fuit sententia vt Reum absolueret á præstatione dotis, quia constabat petitricem, tempore nuptiarum adhuc vigesimum quintum annum ætatis non impleuisse, ex certitudine libri baptismalis penes plebanum reperti, ex Mascard. conclus. 673. nu. 1. & 18. Sapia in l. de ætate num 33. ff. de minor. Mauri. de restit. c. 321. D. Cald. in l. si curatorẽ, verbo minoribus. n. 36. sicque Præsidis sententiam Ludouici d'Araujo dict. Barros. confirmauimus scriba Azeuedo.

8 Postea libuit hic addere quod cum inter easdem partes, lis mota fuisset, super alimentis, & ab eodem meritissimo Præside, reus absolutus fuisset, ab obligatione alendi filiam, quia licet viro dignissimo tamen intra vigesimum quintum annũ nupsit, res delata fuit ad Senatum, & non sine controuersia quidem est quæstio cum videam receptum esse, quod filiæ exhæredatæ non debeantur alimenta, ex gloss. verbo detulerat, in l. si quis a liberis. §. Si vel parens, vers. si quis ex his, ff. de liber agnoscend. gloss. communiter recepta in cap. cum haberet,

verbo

verbo secundum facultates de eo qui duxit Decius in l.nuptias nu.14.ff.de reg iur.Barbos.dict.4.part. l.1.num.41. Sanches de matrimon. libr.4. cap 46. num.20. Molin.de primogen. libr.2. cap.16.num.1. vbi citat l.6. titul. 19. part. 4. Lara in l. si quis à liberis.§. idem iudex. ff. lib. agn. num. 4. & 8. Cuius opinionis non leuia sunt fundamenta, primum quod ex quibus causis licet filiam exhæredare, licet dote & alimentis priuare, indubitatũ dicit Surdus de alim.titul. 7.quæst.4. per tot.Barbos.vbi sup. adeo vt Ruyn. placuerit,cons.131.num.6.vol.4. vt facilius denegentur alimenta quam exhæredetur filius, non enim æqum est vt ius naturale faueat filio,qui contra ius naturæ patre ingratus extitit, arg. l.2. C. de ingratis liber. Cui resolutioni non obstat reg. c. cum haberet de eo qui duxit in matri., dum ibi etiam spurio alimenta ministrantur, quia respondetur, quod spurius non deliquit, sed parentes, & ideo iustissime filio alimenta exhibentur, quia soli parentes deliquerunt, l fin C. de natural.liber. Nec pariter obstat,tex. in l.necare.ff.de liber.agnoscend. quia ille tex.agit de infante in quo delictũ non cadit, quod secus est in filia doli capaci,quę delinquere potuit, & sicut delinquens potuit ipsa vita priuari,& suspendi, sic pariter potuit alimentis, nec tandem obstat l.6. titul. 9. part.4. quæ patri ingrato, iubet vt alimenta exhibeantur,ab hærede filij,quia illud èconuerso recipiendum non est in patre respectu filij, Lara in l si quis à liberis.§.idem.nu.4. Molin. d.cap 16. num.3.cum diuersa sit ratio parentis, & filiorum,circa ingratitudinem quæ de se quale delictum sit prosequitur Couar.in c. cum in officijs de testam. num.9. vers.quin & ingratitudinem, & alimenta parentibus debita maiori priuilegio frui Gutierr.de iuram.confirm.3.part.cap.3.num.4.Castillo in l. 10.Taur.verbo en caso. Surdus de aliment titul.1. quæst.94. nu.6. Rodrig. in summa, 1.tom.. cap. 14. conclus. 9. nũ.9. Rojas de successio.c.35 num.13. Zeuallos quæst.780. nu.178.

9 Verum his non obstantibus semper mihi magis consonum iuris principijs visum fuit, quod filiæ in nostro casu alimenta ad vitam necessaria deneganda non sint, dum aduerto quod fallax est argumentum,de exhæredatione ad alimenta, cum exhæredatio excludat legitimam, quæ legi humanæ subest, & ab ea tolli potest ex magna causa, vt per Menchа. de successio creation.§.20. libr.2. num.296. Molin.de primogen.cap 1 num.14. & d.cap.16.num 3 Alimenta vero etiam quæ ad congruam substentationem debentur, non tolluntur ex quacunq; causa nisi illa talis sit quæ euincat eadem alimenta à bono conseruandi prolem deuiare, tunc namque & non aliter à iure naturali defficiunt, vt lege humana tolli possint, ex reg. §. sed naturalia instit. de iure naturali, & in hunc sensum debent accipi qui dicunt statuto alimenta tolli non posse de quo Zeuallos quæst. 111. per tot. Vnde fit quod filius ingratus, vel qui patri iniuriam irrogauit, licet priuari possit alimentis,quæ congruam respiciant substentationem, nõ tamen illis quæ ad præcisam necessitatem spectant, quia hæc tolli nequeunt nisi quando alias necari potuisset.

10 Deinde legitimæ priuatio fit ad vindictam, vt in auth. vt cum appel.cognoscitur. §. si vero, priuatio vero alimentorum filijs ingratis, vel delinquentibus iniungitur, non ad vindictam, sed ad correctionem,quousque veniam á patre exposcat, & vbi primum pænitet ius petendi alimenta recuperant,Surd.dict. titul.7. quæst.1. num 37. licet repugnet Barbos nu.45. quia alimẽtis præcise necessarijs nunquam priuari omnino possunt,& hanc

vt veriorem prosequitur Couar. dict. 2.part.cap.8.§.6.num.17. vbi subiungit quod tunc etiam alimentis præcise necessarijs filius priuari potest, quando talis subsit causa ex qua necari potuisset, atque ideo cum delictũ nubendi non sit natura sua adeo graue, cum multi asserant posse filiam sine metu pœnæ nubere, quæ fuit opinio Canonistarum de qua Barbos. d. 4.part.num.38. Sanches vbi sup.dispu. 26.nu.16.lib.4.

Ideò non est cur pœnam priuationis alimentorum incurrant, cum illa priuatio æqualis sit morti, ex reg. d.l. necare, hancque æquiorem opinionẽ dixit Molin. dict. cap. 16. num.14. ea distinctione vt filiæ præstentur alimenta, quando alias viro digno nupsit quod ampliat Sanches dict.disput.26. num.9.etiamsi indigno nubat si aliter non habet vnde viuat ex Ripa & alijs quos citat Gutierr. d.quæst.1.n.5. Verucius in specul art.20. Ludouicus Lopes.1.part.cap.294. §. sequitur.Fr. Emanuel Roiz.1.tom.summæ cap.14. num. 4.

10 Quam opinionem libenter amplectendã fore suadent verba Ordinationis, quæ ad solam legitimam diriguntur, non vero ad alimenta in quibus versatur longe dispar ratio, quod comprobatur quia alimenta vel debentur formaliter, vel materialiter, & secundum quid. Primo modo debentur quando talia sunt quæ spectant ad præcisam conseruationem prolis susceptæ. Secundo modo vt decenter proles conseruetur, secundum dignitatem & statum subiecti, sic inter debitum formale, & materiale distinguit Caietan 22.quæst.59. artic. 4. ex quo elegans resultat differentia, quod debitum formale alimentorum habet intrinsecam connexionem cum bono naturæ vniuersalis, ita vt per nullam potentiam sit dispensabile, nec à iure ciuili, vel à lege tolli, vel mutari possit. Posterius autem secus, ratio est quia cum conseruatio speciei sit de ratione naturæ vniuersalis, quæ consistit in generatione, & substentatione prolis susceptæ; inde fit quod debitũ formale alimentorum, quia in se includit prolis conseruationem, adhæret bono naturæ vniuersalis in quo continetur illud primum principium, indispensabile, debitum autem materiale alimentorum, tantum continet medium aptum ad conseruationem prolis, dum congrua ministrantur alimenta, quæ substentatio non consideratur tanquam per se bona, sed in ordinem ad conseruationem prolis necessariam, nec eam habet connexionem ad bonum naturæ vniuersalis, quin ab eius rectitudine in multis defficere posit.

Vnde fit quod lege ciuili nullo modo tolli possunt prioris ordinis alimenta, etiamsi expresse illud cautum esset, atque ideò non potest lex quæ de legitima loquitur, extendi ad alimenta necessaria, nam licet quando duo casus æquiparati sunt in iure, lex in vno disponens, censeatur etiam disposuisse in omisso, ex gloss. communiter recepta in l. si quis seruo.C.de furt.

11 Tamen illud intelligi debet quando non datur dispar ratio, prout in præsenti, licet enim eadem sit ratio legitimæ, & alimentorum, quæ secundum conditionem personæ debentur, & dotis, quæ succedit loco legitimæ vt arguit Barbos. vbi supra à num.42. tamen diuersa est ratio in alimentis necessarijs præcise, vnde cauendum videtur à sapientissimo Barbosa circa interprætationem huius Ordinationis. Sicut & pariter resoluit Sanches disputat. 26. numer.16. dum docet quod nubens digno pœnam legis euitat, quia neutrum conuenit legi Regiæ, quæ solum in §.3. nubentem magis digno leuat ab exhæredatione,

& parte

& parte pænæ.

Ex quibus fundamentis D.Pedraluarez Sanches eruditiſsimus qui primo loco dixit ſententiam duxit reuocandam cui ego acceſsi, cuius proceſſus fuit ſcriba Azeuedo.

SVMMARIA.

Filius nō poteſt patrem ſua legitima priuare niſi de ipſius cōſenſu.n.1.

Quod facilius procedit in teſtamento clerici.nu.2.

Maritus ſi de conſenſu vxoris diſponit irreuocabile fit teſtamentum.n.3.

Explicata l.ſi ſine.C.ad Velean. nu.4.

DECISIO XI.

An valeat teſtamentum in quo matri filius legitimam non reliquit, de eius conſenſu. ad Ordin. lib.4. titul.82.§.4.



CVm Ioannes Clericus matrem haberet teſtamentumq; cōdidiſſet, & dubitaret an oporteret matri relinquere legitimam, mater ei indulſit vt ad libitum diſponeret, clauſit teſtamentum, & matri ſolū reliquit in vita ſua vſumfructum ſuorū bonorū, & diſpoſuit quod poſt eius obitū quædam domus quæ in hæreditate erat, traderetur Priori, vel Rectori de Tauira, qui ex prætio duas partes ſodalitio Sanctæ Miſericordiæ traderet, reſiduumq; in ſacrifitijs expēderet, defūcto filio mater amplexa vſumfructum, ſibi relictum, per plures annos, tandem domū alienauit, eo fundamento quod teſtamentū filij eſſet nullū viſa forma, Ordin.lib.4.tit.82.§.4.

1 Cumq; dictus Rector poſſeſſorem domus cōueniſſet, vt eam dimitteret, ſentētiam iudex protulit, in Rei abſolutionem, quā reuocauimus, quia etiamſi filius patrem ſua legitima priuare nō poſsit, cap. ſi pater de teſtam. lib.6. dubium tamen eſt an pater poſsit ſeipſum dicta legitima priuare, & eſt receptū poſſe, in ipſo actu teſtandi, ex gloſſ. recepta in l.ſi quando §.& generaliter, verbo iudiciū.C.inoffic. teſta. Suares in l. quoniam ampliat. 10. ex n.39. illo tit. Gomez.1. tom. c.11.n.14.& in l.22. Tauri nu.5. Alciat paradoxor. c.5. Molin.lib 1 c 3 nu 1 & 7.

2 Quod indubitabile redditur, quia teſtamentū clerici nō ſubijcitur querellæ, aut nullitati, de quo eleganter Couar in c.quia nos de teſtam.& in c. 1.illo tit. inſuper facit tex.in cap licet de ſepultur.lib.6. qui ad pia permittit teſtari etiā filio in poteſtate de cōſenſu patris, Tiraq. pri.78. pariter ergo & de matris cōſenſu quæ ſe ex hæredē facit, arg. l non putauit.§.ſi quis ſua manu. ff. de bonor.poſſ contra tab. proſequitur Valaſc.de parti c.16. nu. 37.

3 Iuuat maxime quia filius de conſenſu matris diſpoſuit, & in ipſius matris fauorem, quæ acceptauit dū vixit, & videtur reuocare nō poſſe, adinſtar teſtamenti coniugū cōmunis, quando alter de alterius conſenſu diſponit, ſuperſtes non reuocat, ex reg. l.ſicuti.§. venditionis. ff. quibus modis pignus, ibi, *Vt ſi legare permiſit valeatque quod conceſsit*, & receptum dicit Bald.in c.1. §. præterea, & ibi gloſſ. verbo regreſſum, quibus mod.fæud. amittat, idem Bald. in l.venditioni. C. de vſucapio. pro emptor. & in l. quoties, verſicul. quæro. Codic. de fideicommiſſ. & in l.

in l.si tibi. §.de pignore, vers. quid si testator.ff.de pactis,plures citat Tiraq. in l.si vnquã.C.de reuocand donatio. verbo donatione,nu.348. In terminis Soares in l quoniam limit 5. num.13. Couar.de testam. 2.p. rub.nu 8. Boer. decis.244.n.5. Phanucius gl.19.n.5 & 6.Bertrandus cons.329.vol.1.n.4 & lib. 2.cõs 103 n 50.Guilel.verbo condidit 1. nu.2.Rolandus cons.10 num.41.vol.3. Cephalus cons.12.nu.34 lib.1. Pechius de testam.coniug lib.1 c.17. Mencha. de succesio.resolut.§ 1 n.11 Molin lib. 4 c.2.n.84.& cap.3 n.24..Gomes.l 22. Tauri nu.5.Pelaes lib.1.q.23.n.4. Padilla in l.Clari.n 19 C.de fideic Paris. cons.2.n.20.& 21.lib 3. & plura citans Riminald Iunior.cons.343.nu.8. & 9. vol.3.quorum authoritate comprobatur,quod superstes coniux non potest pro parte sua consensum, & licentiam præstitam,mortuo disponẽte, amplius reuocare, & esse communem, & eam sequtus est in priuatis scholijs Barbosa in l.filius qui patri.ff.de vulgari,& videndus Tiraq. in connubial. gloss.15. verbo contracter.n. 145. pro qua sententia facit tex.in l.neque fratris.C.de donatio.caus. mort. ibi, *Nec fratris sui mortis causa rectè factã donationem sorori rescindere licet*, vbi gloss. verbo sorori subdit, pro sua & pro aliena morte posse donari, & allegat.l.qui prætio ad fin. & l. mortis causa filij, & l. mortis causa capimus. ff.de donat.caus.mortis,& subijcit vlterius, *& hac confirmatur morte eius cuius causa donatur*, & subiungit, *sed si filius patre permittente donet*, quod potest vt in l.filiusfam.in fine.ff. de donatio l.tam is.§ filius eod.an vtriusque mors exigatur,& concludit, *sed magis puto solius filij morte confirmari.*

4 Ponderat Pelaes tex.in l.si sino C.ad velean ibi. *quod si patientiam præstitisti vt quasi suas res maritus obligaret tibi non succurratur Senatusconsulto*, allegat etiam l.9.tit.13.part.5.vbi scribitur quod si maritus de consensu vxoris constituit maioratum de re vxoris illa consentiente,quod maritus dispo. nat, mortua vxore, manet irreuocabilis, de quo videtur tex. allegans in l.non videtur.11.ff.quæ in fraud.patro. ibi, *Si quod volente patrono libertus donauit non poterit fabiana reuocare.* Atque ex his reuocauimus sententiam condemnato Reo,scriba Gouuea.

SVMMARIA.



Rdinatio Regia admittit peditum filios vna cum legitimis.n.1.

Filij naturales cum legitimis quibus rationibus admitti possint.ibi.

Olim iure ciuili naturales exclusos prætor admittebat.ibi.

Lex Regia quatuor naturalium species notat.n.2.

Naturalis dicitur natus ex soluta licet non sit domi retenta.n.3.

Naturalis dicitur ille cuius parentes matrimonium contrahere poterant.ibi.

Naturalis an sit filius ex virgine susceptus, nu.4.

Hac quæstio quoad nos est otiosa cum lege regia non puniatur hoc crimen nisi quando stuprans non habet vnde soluat.n.5.

Stuprum inducit cohitum punibilem.n.6.

Ne filius matri succedas requiritur cohitus ex vtraque parte punibilis.nu 7.

De lege Regia hic cohitus ex parte matris non est punibilis.nu.9.

Ord. Regia an intelligatur de vidua.n.9.

Soluta dicitur quæ soluta est lege viri.ibi.

Quando

Quando lex facit mentionem de aliqua qualitate ratione frequentioris vsus similes casus non excludit. ibi.
Naturalis est filius ex concubina. n.10.
Pluralitas concubinarum eodem tempore facit filium esse spurium. ibi.
Secundum ius Canonicum magis reprobatur concubinatus intra domum quam extra. ibi.
Naturalem filium ex ancilla sua quis suscipere potest licet secus mulier ex suo servo. nu.11.
Naturalis conceptus in seruitute facit deficere conditionem. ibi.
Filius ex ancilla est naturalis, & mortuo patre á lege consequitur libertatem. ibi.
Filius susceptus ex aliena ancilla naturalis est. n.12.
Quid si fuerit ancilla observata.
In seruitute conceptus non succedit nisi fiat liber n.13.
Intellectus l. patrona. ff de oper. liber. n.14.

DECISIO XII.

An filia suscepta ex propria ancilla mortuo patre libera remaneat, ita vt si filia peditis sit, patri hæres existat, Ordin libr. 4. tit. 92. in princ.



Constante inter virum & vxorem matrimonio, ex vtriusque consensu, manumissa est, quæ in libertate magnam diuitiarum copiam comparauit, & hæredi extraneo omnia bona sua reliquit mortua vxore, maritus ex altera ancilla propria filiam in uiduitate habuit, & tandem occubuit, filia ex ancilla suscepta se liberam esse profitebatur, & patris sui hæredem qui pedes erat, iuxta Ordin. lib. 4. titul. 92. in princip. Et tandem quod tanquam patrona, ad legitimam ancillæ manumissæ portionem admitti deberet; hæc controuertebantur in processu Annæ Mendez, contra Nonium Gonçaluez Insulæ do Cabo verde, scriba Carualho: hypothesim notaui quia quotidie in Senatu ambigitur de his naturalibus peditum filijs, quos nostra lex Regia supra citata ad parentum hæreditatem ad instar legitimorum vocat.

1 Admittit Regia Ordinatio naturales peditum filios vna cum legitimis ad hæreditatem patris, & an hoc possit statuto caueri, disputat Bald. in cap. 1. §. hic autem, vbi gloss. verbo legibus, qui feud. dare possess. Guilel. in cap Raynutius, verbo & vxorem, nu. 678. & esse contra ius dicit communem Dec. in c. in præsentia num 43. de probatio. Ias. in l. ait prætor. §. 1. de iur. iur. dubitat Peres in l. 22. titul. 3. lib. 1. Valasc. conf. 151. in fine, disputat idem Valasc. conf. 94. numer. 9. Vaz alleg. 6. num. 18 Gama decis. 3. num. 5. & decis. 319. num. 1. & 2. agit Costa de intellectu, in cap si pater, verbo si absque liberis, nu. 37. D. Caldas Pereira de nomin. q. 21. nu. 10 & q. 19 nu. 34 & q. 16. n. 11. Cabed decis 100 & decis. 231. Licet in gallia hoc non seruari, quia contra legem diuinam est; bastardos cum legitimis admittere, dixit Rebuf. 1. tom. f. 32. à n. 68. Guilel. in d. c. Raynutius, à n 109 fo. 116. licet eos admitti posse nisi sint ex damnato coitu defendit Sayson in consue. turo. tit. des success. des bastardes, in princ. fol. 140. lit. B. ad fin. l. 32. tit. 9. part. 6. Peres vbi sup & pro Rebuff. facit illud Genes. c. 21. vbi scribitur nō oportere hæredem esse ancillæ filium cū legitimo, habetur ad Gallatas 4. & Iudic. cap. 11. in domo patris nostri esse non poteris quia de meretrice natus es, & ita lege Dei cautū dicit August. in c. 1. 35. q. 7. cap.

cap.cum multæ.15.quæst.1. Consonat iuris ciuilis ratio, vt scilicet parentes ab huiusmodi filiorum procreatione arceantur, videntes se voto naturali fraudari, quo quisque posteros post se desiderat.l.scripto.ff.vnde liber.iunct. l.fin.C.de natural.liber. & statutum in contrarium videtur nullum tanquam fauens libidini, sicut alias in cap. ex parte de consuetud. similis consuetudo vxoribus ansam adulterandi præstans abrrogatur, & ideó pro hac parte insurgit, Barbatia conf 34. libr.2. Anchar.in cap.1 de constit Bald.in l.1 nu.29.de summa trinit. & in l.eamquam num.33.C.de fideicommiss. præpositus in cap per venerabilem qui filij sint legit. num.97.& 99. Nicolaus de Vbaldis de successio abintest.num.39. cum alijs Decius conf.271. num.12.& num.43 Alex.conf.131. vol.3. Baptista in l.omnes populi. ff. de iustit. & iur. col.1. subtiliter & elegauter vt solet. Ripa in l. si vnquam. C. de reuocand donat.num.76. & 78. Paleotus tamen cap.54.num 3. post Aretin.in l. 3.ff.de testam post Cardin.in cap.constitutiones.10.decis arbitrantur, quoscunque spurios simul cum legitimis succedere posse, statuto stabiliri, nam quemadmodum legitima, iure naturali & diuino debitá, minui statuto potest, Bart.Paulus, & Imol. l.Titio.§. fin. ff.condit. & demonstrat. Alex. l. quod de bonis.§.fin ff.ad l.falcid. Dec. in l.iura in fine.ff de reg.iur. ita pariter eos admittere potest ad successionem, cum legitimis, quod in effectu est legitimorum legitimam minuere. Cum, & de iure ciuili spurij, ac legitimi matri hæredes esse permissium sit, Socin.conf.148. quod postea Iustinianus certo modo immutauit in l.si qua illustris.C.ad Orfician.§.fin. in auth. quibus mod.effici.sui, ergo & nouiori iure prout est Regium hoc idem immutari potuit, argumentum præstat quod olim iure ciuili exclusos Prætor admittebat, & Senatusconsulta, vt in titulo. ff. ad Orfician. & de bonorum possess. Iusque etiam ciuile naturalibus liberis certam partem concedit, relinqui posse, quo iure successiones sunt inuentæ.l 3 ff.de petit. hæredit. l. lege.12.tabul. C de legit. hæred & ab eo ante omnia in principio legitimorum & spuriorum fuit constituta differentia, §.nostra in.d auth quib.mod. natur effici sui. ergo etiam hodie, poterit lex hoc idem ad pristinam naturam reducere, & illam differentiam abrrogare, ex reg l nihil tam naturale ff.de reg.iur l.is potest ff.de acq.hæred. & consequenter ab hæreditate paterna, sum motos ad eandem de nouo vocare, l. eius est nolle. ff. de reg iur. quia pro tempore leges mutari quandoque oportet, c. non debet de consangui.& affinit. Nostras autem leges iuris ciuilis esse partem nemo ambigit.

2 His suppositis quæ pro legis Regiæ defensione adduxisse sufficiat, illius decisio magis iuri conformis est, dum solos naturales liberos, ad parentum peditum successionem, cum legitimis vocat, & quia lex Regia quatuor naturalium liberorum species, enumerat, scilicet susceptos ex soluta, ex connubina vnica, ex ancilla propria, ex aliena, obiter de illis loquar quia conducit ad faciliorem huius nodi dissolutionem.

3 Naturalem itaque vocat filium natum ex soluta licet non sit in domo retenta, prout de iure requirebatur, vt in dict.auth quibus modis naturales effici.sui. § si quis autem defunctus, & in l.3. ff. de concubinis, Specul. in titul.de successio abintest. § 1. vers. nunc de naturalium, Ioan. Andr. in rubr.qui filij sint legit. Alciat. 2.part. præsumpt.5.num.4. videndus Valasc. conf.134.num.5.& 176.num 4 Sequta ius Canonicum, secundum quod sufficit, vt filius naturalis fiat, quod inter

parentes

parentes potuerit matrimonium cōtrahi, ex Fortuni. de vltimo fine iuris n.99. post Butri. Cassaneus in Rubr.8. §.3. num.2. quia loquendi vsus natum ex solutis, reputat naturalem, vt per Baptistam, in d. auth. si qua illustris. Concordat l.9. Tauri, vbi Gomes n.1. prosequitur Azeued. libr.5. titulo 8. de las herencias super d.l. Tauri 9. & 11 num.3. in fin. Paleotus de nothis c. 12. nu 5.

4 Vnde ex virgine susceptus dubitari potest an fiat patri naturalis vt succedat, in eius bonis, & videtur quod non, quia cum virgine committitur stuprum. l inter liberas §.1. ff de adulter. & stuprans punitur, iuxta distinctionem tex. in §. item lege Iulia, institutis de pub. iudic. Mathesil singul. 100. & punitur etiam lege Regia lib.5. tit 23. §.1. & tit. 24. Cabed. arest 50. & decis.14 Cum ergo talis coitus sit lege ciuili damnatus, filij ex eo nati, nullo modo patri succedere possunt, neque cæteris ascendentibus, indigni enim sunt, omni legum beneficio, auth. quibus mod natural. effici. sui. §. fin auth. ex complexu. C. de incest. nup. vbi Salycet. Mathesil. de successio abintest. 2. memb pri. art. nu.7. vol.3 tracta vbi dicit quod quando per aliquam constitutionem, imponitur pæna stupri, cognoscenti aliquam, quod filius inde susceptus dicitur natus ex coitu damnato pungit Bald in d. auth. si qua illustris col.1. ad fin. Couar. de sponsal. 2. p. cap. 8. §.5 nu.17. Decius cons.306. nu.5. firmans non succedere patri, licet matri succedat, quia ex eius parte non est coitus punibilis, Soares in l.1. tit. todo home nu.28. & finali, Mysing cent.1. q.35. Socin. cons 148. nu.8. lib.1.

5 Quæ quidem quæstio, apud nos videtur otiosa, visa generalitate huius ordinationis, arg. l. deprecatio. ff. ad l. Rod. maxime cum considerem, quod hic coitus, lege regni non punitur pæna criminali, nisi in casu quo nō habeat vnde soluat, stuprans, ideoque dici non potest coitus damnatus, ex Decio d. cons.306. cum cognoscens virginem, non puniatur, per viam punitionis sed solum per viam satisfactionis, Panor. in cap.1. de adulter. Alciat. l. inter stuprum. ff. de verbor. signi. Socin. in l gallus. § quod si is, nu.4. ff. de liber & posthum. Deinde stuprum, consistit in primo actu copulæ, & deflorationc, sequentesq; actus non sunt tribuendi stupro, cum simplicem coitum constituant, in quo proles potuit suscipi, quando ea copula non erat punibilis.

Vel insuper dici potest, quod nos agimus de virgine plebea, cum qua non committitur stuprum punibile, vt firmat Aymon cons.66. numer 6. Angel in l si vxor ff de adulter. Bald. cons 206 colum.3. vbi idem in vidua plebea citat cum Socin. cons.212. vol. 2. col. 2. Inferens ex virgine plebea natum non esse spurium, neque natū ex coitu punibili, Alciat. in l inter stuprum num.5 ff. de verbor. signi. addit tamen Couar. de sponsal. 2. part. § 5. num. 17. quod non sufficit esse plebeam sanguine & origine, nisi & moribus sit abiecta, sequitur Gregor. l 11. tit.13. part.6. gloss verbo natus.

6 Ideo videtur dicendum, quod licet verum sit, quod stuprum inducat coitum punibilem, ex his quæ Gomes l.9. Tauri num.13. attento iure ciuili, ita vt ex illo natus nec matri, nec patri succedat, ex Mynsinger. cent. 1. quæstio 35. Plaça cap.41. à numer 29. Gomes l.80. Tauri nu.7. Socin d cons. 148. num. 8. lib.1. vbi dicit cōmunem; facit Ordinat. libr. 4. titul. 93. & l. si spurius. ff. vnde cognati, Couar. dict. §. 5. num.19. Duen. reg. 366. ampliat.8. Gama decis.102. & 136. per tot. & 383. num.4. & 322. Gutierr. practic libr. 2. quæst.122. Cabed. arest. 27. Surd. decis. 249. num.20.

Tamen quando agitur ad repellendum

pellendum filiũ à successione patris, satis est quod sit procreatus, ex coitu damnato ex parte patris, tãtum quare conceptus ex coniugato patri non succedit, licet mater sit soluta, est enim hic coitus improbatus, l.1. C de adulter. licet non sit punibilis, Socin. dict. cons. 148. num 5. ad fin. Decius cons. 307. col fin. satis est enim natum esse filium ex coitu qui non potest esse coniugalis, Couar. de sponsal 2. part. c.8. §. 5. num. 3. Gregor. l.10. titul. 13. part. 6 gloss. 1.

7 Cæterum ne possit matri succedere exigitur quod coitus sit punibilis, Bart in l. fin. num. 4. ff de his quibus vt indignis, Socin. dict. cons. 148. à num. 5. Couar. dict §. 5. nu. 15. & intelligo quod debet esse punibilis, ex parte matris, Bart dict num. 4. Bald. in l. eam quam nu. 25. C. de fideicommiss. probat l. Tauri 9. & ibi Cifuentes nu. 2. Ex quo fit quod licet receptum sit natum ex virgine vel vidua, honesta, matri non succedere, quia coitus est damnatus, & punibilis, l. inter liberas §. 1. ff. de adulter. §. item lex Iulia, inst. de pub. iudic. tradit Mãdellus cõs. 38. negans hanc successionem etiam respectu matris, & fratrum, Gomes d. l. 9. nu. 13. Couar. d. §. 5. num. 17.

8 Tamen hodie apud nos, aliud est dicendum, per legem Regiam lib. 5. titul. 23. vbi iste coitus ex parte matris non est punibilis, quemadmodum erat de iure ciuili, adnotauit Salycet. in l. cum qui, num. 2. Cod. de adulter. Baptista in l. si qua illustris num. 23. C. ad Orfician. Gomes. l. Tauri 80. num. 5. quia in hoc regno hodie receptum est, cap. 1. de adulterijs, & ab alijs pænis iuris ciuilis recessum est, vt etiam in Hispania testatur Gomes dict. l. 80. num. 7. requiritur enim vt coitus sit punitus lege ciuili, vel Regia, nec sufficiet quod hodie omnis concubinatus est prohibitus, per Cõc. Trident, etiam inter solutos sess. 24. cap. 8. dixit Socin. in d. l. gallus. §. & quid si tantum. ff. de liber. & posthum. & dict. cons. 148. nu. 6. lib. 1. sufficiet quę vt lex ciuilis pænam imponat extraordinariam, ex Angel. in § nouissime numer. 22. instit. ad Orfician. licet in dict l. 9. Taur. exigatur pæna mortis vt per Gomes ibi num. 14. Couar. d § 5 num. 18.

Quod quidem admitti potest in virgine soluta, & quæ sui iuris est, quod si sub alterius potestate sit, est magis dubium, ex Ordinat. d. libr. 5. titul. 23 & 24. vbi talis coitus lege punitur, vnde filij ex tali coitu non fient naturales, saltem patri, licet matri succedere valeant, cum mulieri nulla pæna irrogata reperiatur.

9 In filio ex vidua suscepto non leue est dubium si ad verba legis Regiæ aduertimus, quæ ad solutam solũ diriguntur, cum igitur cõmunis vsus loquendi, intelligat mulierem solutã, illam esse, quæ nunquã fuit vxorata, videtur quod lex Regia nõ procedat in vidua, maxime cum sit correctoria iuris communis, quo casu debet intelligi vt minus lædat ius commune, ex Alex. cons. 78. vol. 1 quia verba debent exponi in suo proprio significatu, l. filiusfam. § fin. ff. de donatio. Annibal. in l. nemo potest. ff de legat. 1. nu. 299. vol. 2. repetitionum.

Verum potest dici, hanc legem etiã intelligi de vidua, quia sicut appellatione viduæ, continetur ea quæ nunquam nupsit, vt in l malũ. § vidua. ff. de verbor signi. ita ècõuerso viduæ appellatione, venit quæ nunquã nupsit & soluta est, verbũ enim soluta, quo lex Regia vtitur, vtrumq; compræhendit, quia soluta dicitur, quæ soluta est lege viri, qui sensus maxime accipiẽdus est, quando vtroq; casu eadẽ est ratio, quia tunc fit extensio, etiã in correctorijs, ad casũ qui sub verbis legis potest cõpræhendi, Rosel. de success. abintest. n. 125. Deinde quia licet appellatione solutæ,

solutæ, non compræhendatur vidua, tamen de ea venit lex intelligenda, quia quando lex facit mentionem de aliqua qualitate, ratione frequentioris vsus, non dicitur alios excludere, si sunt casus similes, gloss. verbo possidentes in Clem. 1. vbi Imol de rescrip. gloss. 1. in l. 1. C. de his qui ad eccles. confug. Ias. in l 2. ff de vulgar. Alex. cons 119. vol. 6.

Ex concubina.

10 EX concubina naturalem dicit filium lex Regia quando vnica sit, deducique videtur ex auth. licet C. de natural liber. ibi quæ sola fuerit, & in auth. quibus mod. natural. effic. sui. § si quis autem, col. 7. licet Fortunius de vltimo fine, nu. 102 hanc differentiam non admittat. Pluralitas enim concubinarum, eodem tempore retentarum facit filium, esse spurium, Bart. in l. 1 ff. de concubin. idem Bart. de successio. abintestat. col. 2. num. 5. Panorm. in cap. per venerabilem qui filij, num. 3 & ibi Præpos. numer. 15. Baptista in dict. l. si qua illustris num. 35. & 71. & licet pro tali coitu pœna non reperiatur apposita, tamen dicitur damnatus quia res est mali exempli, vt in auth. quibus mod natur effic. sui, §. si vero, Palat. l. Taur. 9 nu. 30 vbi Iustinianus ex pluribus concubinis natos dicit patri non succedere, cum tamẽ damnatus coitus non sit, ex quo articulũ reputat difficilem Paleotus cap 41 in princ dum putat hunc coitũ cum diuersis concubinis punibilem, quia de iure ciuili requiritur protestatio, vt illam solam habeat vxoris loco, l. 3. ff de concubin.

Nec oportebit vt in domo retineatur, licet in auth. quibus mod. natur. effic sui. §. si quis autem aliter caueatur, Guilel. verbo & vxorem nu. 671. quia hæc ordinatio solum habuit respectum, ad matrimonij validitatem, sequta ius canonicum quo attento magis reprobatur concubinatus, intra domum, quam extra, cap. ex parte de testib pragma. titulo de concub. fol. 187.

Ex ancilla propria.

11 NAturalem filium quis ex ancilla suscipit licet secus mulier ex suo seruo, Tellius dict l 9 nu. 4. vel ex famulo, ex Rogeri de summo bono fol. 181. & in hoc hæc Ordinat. habuit ortum à lege ex facto § si quis rogatus. ff. ad Trebell. vbi talis filius conceptus in seruitute facit defficere fideicommissum, verbo Alex conatur defendere, hoc solum procedere quando filius fuit conceptus in figura matrimonij, saltem de facto contracti, tenuit Afflict. quæst. 203. & hoc videtur hic comprobari, ibi, *dalgũa sua escraua*, verum non placet quia tex. in princ. de seruib cogn. indistincte loquitur nec ex hac lege figura matrimonij requiritur quare Alex videtur loqutus secundum ius antiqum, quia licet attento iure ciuili, cum seruis nõ liceat contrahere matrimonium, l cũ ancillis. C. de incest. nup. attento tamen iure canonico, potest contrahi vt in titulo de coniugio seruorum, vnde marito filius inde procreatus censetur naturalis, Socin. in l sed est quæsitum num. 2 ff. de liber. & posthum. quamuis Areti. cons. 48. n. 1. & Alciat. reg. 2. præsumpt. 5. in fine propriam requirat seruam haberi pro concubina, vt filius inde procreatus, dicatur naturalis. Cum autem hæc Ordinat. restringat se ad filium susceptum ex propria ancilla, videtur oppositum probare si sit ex aliena quod ea extante virgine videtur admittendũ, quia talis coitus est damnatus, Socinus in l. gallus §. quid si is, num. 6. per l. fin ff. de officio præsid. gloss. in l. inter

liberos, & ibi Angel. ff. de adulter. glo. 1. in l. serui, & ibi Salycet. C. eod. titul. quo circa cum ille coitus sit punibilis inde natus nequit succedere Baptista in l. si qua illustris. C. ad Orfician.

Verum adhuc considero quod supra dixi quod stuprum cum persona vili non punitur. l. quæ adulterium. C. de adulterijs, ibi quas vitæ vilitas, &c. Socin. consf. 212. col. 3. libr. 2. Gozadi. conf. 21. num. 5 ancilla enim talis est, l. humilem. C. de incest. nupt. Mandel. conf. 37. nu. 1. atque ideo filius ex illa debet ad hæreditatem admitti, & esse naturalis, voluit Aymon conf. 166. nu. 6. Alciat. in d. l. inter stuprum num. 5. quæ opinio licet de iure sit dubia, ex his quæ Couar. d. §. 5. nu 17. tamen de iure Regio videtur sine dubio esse cũ ille coitus non sit punibilis aliqua lege Regia vt filius non fiat naturalis habito ex propria ancilla, imó ab ea reperiatur comprobatum Gama decis. 167. nu 3. Vnde talis filius si pater decedat nec eum liberum faciat ab ipsa lege consequitur libertatem ex tacita manumissione, vt in l. fin. C. commun. de manumissio. Lara in repetit. l. si quis à liberis. ff. liber. agnosc. num. 82. quem citat Azeuedo ad l. 9. lib. 5. tit. 8. nu. 9. nisi specialiter in seruitute relinquatur sicut & eius mater d. l. fin. C. commun. de manumiss. Craueta consf. 368. num. 3.

Ex ancilla aliena.

12 DVm ordinatio decernit quod natus ex aliena ancilla sit naturalis filius patri, dummodo temporis mortis ipsius liber sit, videtur cõtra ius respondisse, quia coitus cũ aliena ancilla est punibilis, tradit Socin. d. consf. 148 n. 4. & est gloss. in l. 1. tit. 14. part. 4. & est Ord. lib. 5. titul. 23. §. 1. ibi, *escraua de guarda*: videtur tamen Ord. secuta decisionẽ tex. in l. fin. ff. de iur. deliber. vbi habetur quod filius ex ancilla aliena est capax successionis, paternæ, quod intelligo nisi sit, *escraua de guarda*, in qua coitus est punibilis ex dict. Ordinat. d. §. 1.

13 Cum tamen in seruitute conceptus non succedat nisi sit effectus liber, quia cũ seruis nulla cognatio est, princ. instit. de seruil. cogna. Guilel. in c. Raynu. nu. 701. fol. 115. ideô oportet vt à domino fiat liber, ante mortẽ patris, vt illi succedere possit eo tempore reperiatur habilis ad successionem, & sic debent explicari illa vltima verba Ordinationis, ibi, *de herança sua ou alha se por morte de seu pay ficar forro*, vt scilicet hæc vltima verbã referantur ad filium susceptum ex aliena ancilla quem oportet esse liberum, tempore mortis patris, vt illi succedat, non vero referantur ad filiũ ex propria ancilla, quia hic non indiget vt à patre manumittatur, sed á lege tacite libertatem consequitur. §. fin instit. de adoptio. vbi sufficit tractare seruum vt filium vt fiat liber, eiusque mater, & ipse parenti succedit pediti cum alijs legitimis, licet aliter explicet Gama decis. 86. nu. 3 & decis. 167. n. 6. Afflict. decis. 203. Duenas reg. 350 ampl. 18.

Ex quibus conclusimus hanc filiam ex propria ancilla susceptam, á lege consequtam fuisse libertatem, & patri hæredem extitisse, atque ex eo tanquã legitimam hæredem, esse admittendam ad legitimã ancillæ manumissæ, tanquam hæres patroni.

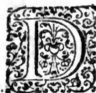
14 Nec obstat l. patronæ. ff. de bonis libertorum vbi filij patroni non admittuntur, nisi iure quæsiti, ibi, *patronæ filij etiam vulgo quæsiti ad bonorum possessionem admittuntur patroni autem nõ nisi iure quæsiti*, pungit Gama decis. 383. nu. 4. quia satisfit quod respectu plebei filius naturalis in hoc regno est iure quæsitus, & inter legitimos connumeratur, & cum illis ad successionem admittitur Gama d. decis. 86. numer. 3. & faciunt conditionem defficere, Gama, vbi supra numero 6. & 7.

Cumque

Cumque in hac specie maritus, & vxor, simul manumisissent, pro sua parte admittendam fore iudicauimus, ex tex. in l. si liberto sine liberis 17. ff. de bonis libertor. Alex. in l si mihi & tibi. ff. de legat. 1. numer 21. Phanuci de lucro dotis. numer. 303. Vertranus de iure liberor. cap. 14. fol. 390.

Non omittam illa vltima verba Ordinationis, *se por morte de seu pay ficar forro*, & referri posse ad filium natum ex ancilla propria, quando scilicet à patre in seruitutem specialiter relicta non sit, potest enim pater exprimere, vt in seruitute maneat, vnde etiam possunt accipi in hunc sensum vt compræhendant filium ex propria ancilla quando in seruitute relictus non sit quia tacite sit liber. dict. l. fin. C. commun. de manumiss.

SVMMARIA.



Os promissa à vitrico an sit compensanda cum legitima. n. 1.

Si pater possidet bona filij expensas studij non censetur de suo facere ibi.

Paternum officium est dotare filias. ibi.

Obligatio cessat quando filia habet vnde dotem recipiat. ibi.

Vitricus de suo soluere dotem prauigna non tenetur. nu. 2.

Dos semper debet solui de bonis communibus quasi debitum conflatum matrimonio constante. ibi.

Interpratata l. si socius. ff. pro socio ibi.

In his regnis an habeat locum. l. nec mater C. de iure dotium. n. 3.

Filia habet intentionem fundatam contra matrem. ibi.

Vitricus dotasse censetur de bonis priuignæ. ibi.

Interpratata. l. Nessenius. ff. negotijs gest. ibi.

Dos promissa à vitrico cum legitimà ipsius compensari non debet. n. 4.

Extraneus dotans censetur dotare de suo. ibi.

Licet dotans non habeat formalem animum donandi patri, habet tamen per quandam consequentiam. ibi.

Confunditur opinio Nouelli quatenus sentit extraneum dotantem posse à patre repetere. n. 5.

Confunditur sententia Pauli dum sentit quod soluta societate potest socius deducere quantum dedit in dotem alterius filiæ. n. 6.

Mater quæ bona filiæ administrat non censetur de suo dotare. n. 7.

Compensationi vt sit locus illud quod promittitur debet habere functionem cum debito. ibi.

Frater administrans bona sororis, & illam dotans censetur de suo dotare. n. 8.

DECISIO XIII.

An dos à vitrico, & matre promissa priuignæ debeat compensari cum legitima ipsi debita ex bonis patris sui, ad Ordinat. libr. 4. titul. 78. in princip. & §. 7.



CVM duas auri selibras Ioannes de la Plaça, & Dominica Luys eius vxor, priuignæ promisissent in dotem, cum alijs mobilibus, cum eam matrimonio Antonio Roiz Aurifici copulassent, victricus (erat enim dotata filia vxoris ex primo matrimonio) dotem promissam compensandam, & res mobiles cum legitima priuignæ cuius ipse erat debitor, asserebat, iudex sententiam protulit contra Reos, compensationem denegans, inde ad Senatum res delata est, & primo loco dixit Doctor Michael de Barreira olim in Conimbricensi Academia iuris ciuilis eximius professor vir doctissimus, & longa rerum experientia atritus post eum D. Didacus de Brito iuris canonici in eadem Academia decretorum professor meritissimus, & in hac Augustima ciuitate Canonicus vir quidem eruditissimus, quorum sententia fuit vt dos compensaretur cum legitima, ex gloss. verbo intelligi, in l. fin. C. de dotis promiss. recepta, ex Gomes in l. 50. Taur. nu. 23. vbi loquitur de matre quæ administrabat bona filiæ, Menoc. de arbitrar. centur. 1. num. 46. & casu 88. num. 47. Palatius in rubr. §. 66. nu. 13. sicut alias, pater possidens bona filiæ, de illis videtur in dubio, expendere etiamsi de suo teneretur, vt colligitur ex l. fin. ff. de petit. hæred. iunct. l. 1. §. neque castrense. ff. colla. bonor. Ordinat lib. 4. titul. 99. §. 6. Surdus de alim. titul. 6. q. 8. nu. 105. & d. quæst. 8. num. 46. & 47. 53. & 54. ex quo licet pater expensas studij videatur donare adeo quod imputare illas filius non compellatur, vt in l. quæ pater 51. ff fam. hercisc. Ordin. lib. 4 tit. 97. §. 7. Gomes. l. 29. Taur. num. 19. licet contrarium dicat Gregor. l. 5. titul. 15. part. 6. quē sequitur Garcia de expens. cap. 4. num. 2. tamen si pater possidet aliqua bona filij, potius de illis expendisse præsumitur, Bart. in dict. l. fin in princip. Ias. in auth quod locum C. de colla. num. 3. quare idem omnino videtur respondendum in dote, vt de bonis filiæ, vitricus & mater videantur dotasse, non de proprijs, ex sententia Bart. in l. Nessenius. ff. de negot. gest. per gloss. in d. l. fin. verbo paternum, sequitur Angel. per tex. ibi iuncto Bart. in dict. l fin. ff. de petit. hæred. facit l. cum post 44. §. 1. & ibi Bart nu. 2. ff admi. tutor. Socin. nepos qui dicit communem cons. 69. num. 94. libr. 3. qui in tutore loquitur, nec obstat d. l. fin. C. de dotis promiss. vbi paternū officium esse ait dotare filias ex legis vinculo, vt dixit Ripa in l. 1. ff solut. matrimon. nu. 54. Campesius de dote 1. part. quæst. 26. num. 4. Decius cons. 35. num. 6. Gomes. l. Tauri 50 num. 21. ad fin.

Nam illud procedit respectu patris, vt teneatur vel ex legis necessitate, vel de honestate, quia oportet dotare filiam, quando alias indigeat, quæ etiam honestas, cessat quando filia alias habeat vnde dotem recipiat, vt per D. Thom. 2. 2. quæst. 106. & seq. Couar. in cap. in officijs. num. 10. de testam. Tamē hæc obligatio vel honestas defficit in matre,

in matre, cuius officium nō est filiam dotare gloss. d. verbo paternum, in d. l. fin. & probatur in l neque mater C. de iur. dotium, vnde fit quod licet pater in dubio censeatur, de suo dotare, & contra eum talis debeat fieri interpretatio, ex l profectitiam. §. fin. ff. de iure dot. etiam quando bonorum filiæ sit administrator prout dicit Campes. de dote. 1. part. quæst. 16. num 4. licet in caute Bart in d. l. Nessenius, contrarium voluerit num. 5. contra quem est communis ex Ias. in l. 1. num. 25. ff. solut. matrimon. & ibi Ripa nu. 90. Paris cons. 80. num 1. lib. 3. Gomes d. l. 50. num. 22. Tamen in matre, aliud dicendum est, nisi promittat vltraquā filia habebat, vt singulariter Baeça de non melioran cap. 11. num. 155. Nouel. de dote 6. part priuil. 3. num. 4. Gomes dict. l. 50. nu. 24.

2 Si autem èconuerso, obligationem consideramus, ex parte vitrici, notoriè constat victricum non teneri de suo soluere, dotem priuignæ. Dos enim filiæ semper solui debet de bonis communibus vtriusque parentis siquidem est debitum contractum cōstante matrimonio, quod ad vtrumq; socium spectat, iuxta Ordinat. libr. 4. titul 95. §. 4 facit l. socium qui 61. §. fin. cum l fin. ff. pro socio. Palati. in rubr. §. 66 à num. 7. Gomes in d l. 50. num. 24. Couar. libr. 3. resolut. cap. 19. num. 3. Neque obstat l. si socius 82. ff. pro socio, vbi alter ex socijs non potest filiam dotare, de bonis communibus nisi hoc in lege societatis expressum sit, tradit Alex. cons. 154. libr. 2. dicit communem Ias in auth. quod locum num. 6. C. de collatio. quia fortior est societas legalis quam conuentionalis, in hoc casu, cum debitum dotandi filiam commune ex ipsa societate oriatur, quod secus est in dict. l si socius.

3 Vnde fit quod in his regnis videtur non habere locum tex. in dict. l. nec mater. C. de iur. dotiū; siquidem per supradicta, non minus mater ipsa quam pater dotare compelletur, soluto matrimonio, licet eo constante solus maritus teneatur, quia cum onus dotandi incæperit matrimonio constante, licet soluatur societas coniugalis, non adhuc liberatur mater ab eo onere dotandi. pro sua parte, quemadmodum neque quisque alius socius, à solutione contracti debiti durante societate, l. omne æs 27. ff. pro socio, ità iudicatum dicit Couar. 3. resolu. cap. 19. num. 3. nulla enim ratio patitur, vt soluto matrimonio, contra matrem idem officium iudicis non competat, cùm contra illam habeat filia intentionem fundatam, & ius quæsitum in quo illi nocere non potest, matrimonij dissolutio, cùm maxime si consideramus matrem habere prædictorum bonorum dimidiam partem, ex quo non videtur cessare causa, propter quam illa erat à principio obligata.

Vnde cum matrem solam sequatur illa dotandi obligatio, pro sua parte, vitricus omni obligatione solutus est, cumque pupillæ bona administrauerit, & in domo sua retinuisse, de bonis ipsius dotem cōstituisse præsumendum est, ex d. l Nessenius, conducit Ordinat. libr. 4 titul. 31. §. 11. sicut legatum relictum creditori compensandum indubitati iuris est, per tex. in l. si cum dotem. §. si pater. ff. solut. matrimon vbi Barbosa á num. 7. l. quoniam, Nouella & l. omnimodo. C. de inoffic. testam. argum. l si creditorem, & l. Lucius. ff. de leg. 2. Couar. in cap. officij de testam. num. 2. Gregor. l. 16. tit. 9. part. 6. verbo Los dineros, Costa in cap. si pater, verbo legauit, num. 19. Gomes. 1. tom. variar. cap. 12. numer. 7. Mantica de coniecturis lib. 10. titul. 2. num. 1. Menoch. cons. 17. & cons. 18. nu. 27. & de præsumptio. lib. 4. quæst. 109. per tot. Gutierr. de tutel. 3. part. cap. 5. à numer. 2. D. Caldas Pereira libr. 1.

quæstio.forens.quæst.16. & de potestate eligend. cap.16. num. 14. Castillo de vsufructu cap 46. à num.6. Surdus d.alim titul.6.quæst. 4. num.6. Palatin repet rubr.§. 66. à num. 15. Molin. de iustitia disput 234. Barbosa in l.1.ff. solut.matrimon.num.148.

4 Verum prædictis non obstantibus, contrarium Senatus censuit, & quod illa bona mobilia, in dotem tradita, cum quantitate ex legitima debita filiæ, compensanda non erant. Primo quia vitricus dotans, est extraneus,& vt talis nō censetur dotasse de bonis priuignæ, sed de proprijs, l. vnica.§ accedit.C.de rei vvor actione, ad fin.ibi eum donasse magis,&c. notauit Bart. receptus in l. quæ dotis, num.6. ff.solut.matrimon. & animus donandi compensationem excludit, & repetitionem, l.1.ff.de cōdict.indeb. l. cuius per errorem. ff. de reg. iur. quamuis Paulus conf.96. ad fin.lib.2. intelligat hoc cessare, quando mulier sic dotata,habet patrem dotare valentem, quia eo casu non cessat animus repetendi, dotem datam, vt insimili probatur in l.si quis à liberis.§ si mater. ff. de liber.agnoscend. concordat Corneus conf.124.num.6.libr.1. latius Ruynus conf.171. num 5. libr. 1. quæ interpretatio, multum restringit, regulam d. §. accedit, quare non est tenenda,quia contra mentem communis vt agnouit Socin. conf.291. libr.2. num.11. quia si videtur donasse implicat contradictionem posse repetere, quo circa licet dotans, non habuerit formalem animum donandi patri, habuit tamen per quandam consequentiam, licet principaliter id egisset, vt illa dos conseruetur in persona dotatæ,vt per Ruyn.conf.101. num.15. libr.1.

5 Sicque confunditur dictum Nouel. 6.part. priuileg.3. num.6. vbi firmat extraneum qui dotauit posse à patre dotatæ filiæ, dotem repetere, prout etiam posset, repetere & alimenta, illi præstita, vt in l si paterno iunct.gloss fin C.de negot.gest. sequitur Palatius in cap.§. 14.num.9 notab. 3. & in rubric. §.66. num 12. Ruynus conf.171. num.8. libr. 1. quæ resolutio stantibus supradictis stare non potest, siquidem per dict. §. accedit, qui dotem promisit, donare videtur, & qui donat,non repetit, aliter enim huiusmodi dotem filia conferre teneretur, cuius contrarium probat Ordinat lib. 4.titul.96.§.10 & 11. nec pariter est in consideratione quod de alimentis præstitis filiæ adduci solet, quia in illis cessat donandi animus, vt probat dict. l si paterno. §. fin. C. negot.gest. Socin.conf.291.nu.12.lib 2.

6 Ex quo etiam apparet non bene sensisse Paulum in eod conf 96 ad fin. dum dicit, quod soluta societate potest socius deducere quantum, ambo socij dederunt in dotem alterius filiæ,non considerauit enim, hunc socium suam partem donasse vt aduertit Socin.ex qua etiam ratione corruit dictum gloss.in dict.verbo paternum, dum voluit illam legem finalē, non procedere in extraneo dotante quia is videtur quasi negotiorum gestor. & sic dotasse ex bonis ipsius mulieris in eo enim communiter reprobatur per d.§.accedit.

7 Adhuc tamen fortiter obstat quod in hoc casu nulla promissio dotis, per instrumentum intercesserat, solumque tempore contracti matrimonij,bona quædam mobilia, tradita fuerunt, vtrique coniugi, in partem dotis, quæ modo compensanda cum principali debito, vitricus & vxor postulabant, quod quidem admittendum fore videbatur, ex ratione supra assignata quia matrimonio dissoluto adhuc mater compelli potest, vt dotem filiæ constituat, cumque illa vna cum marito, bona præuignæ administrassent, videtur mobilia ab ipsis tradita

tradita fore compensanda, cum debito legitimæ prout voluit Bart. in l. vxorem. § pater in fine ff de leg 3 receptus secundũ Alciat. in l.1. ff. solut. matrimon num. 84. Sic limitata reg. dict. §. accedit in fratre dotante prosequitur Paulus consl. 351. num. 1. libr. 1. Campes. de dote. 1. part. quæstio. 24. Corras. l. qui liberis. ff. ritu nuptiar. num. 120. Satisfit enim, quod mater non administrabat bona præuignæ, sed vitricus, quem dotem fecisse simul cum vxore constabat, licet quæ res in dotem assignatæ fuissent non satis cõstaret, & licet ex hac ratione, compensationi locus esse posset, adhuc vt cõpensatio detur, requiritur, quod illud quod promittitur pro dote mulieris, habeat functionem cum debito, veluti si debitum & dotis promissio, in quãtitate consistant, ne debitum sit in quantitate, & promissa species vel è contra, vnde fit quod cum vitricus, & mater essent debitores quantitatis, nõ videntur habuisse compensandi animum, dando in dotem speciem, ex Bart. in l huiusmodi. §. cum pater nu. 1. ff. de legat. 1. & ibi Ias num. 11. non enim de iure fit compensatio, de specie, ad speciem, nec de specie ad quantitatem, l. si conuenerit. 18. ff. pignor. actio. Ordinat. lib. 4 titul. 78 in princ. & §. 7. quare sumpta interpretatione ab hac iuris dispositione, iuxta l. si duo. ff. acq. hæred. consequens fit eos debitores non habuisse compensandi animum, sicque in foro iudicandum dixit Socin. consl 93. libr. 1. num. 23. & dicit communem Iacobin. in l. cum pater nu. 1. ff. de iure doti, Boer. quæst. 137. num. 1. ad fin. & facit notanda doctrina Bald. in d. l Nessenius, col. 2. ad med. ff de negot. gest. vbi ait quod quando pater legauit filiæ aliquid nomine dotis & frater simpliciter illam dotauit, quod est soluenda integra dos de bonis fratris, si dos & promissio, nõ habent functionem inter se, extollit Cotta verbo frater dotans, Barbos. in l. si cũ dotem. § si pater nu. 3. ff. solut. matrimon.

8 Quin imò licet supracitati pro constanti teneant, quod frater administrans, bona sororis, videtur illam dotare, de bonis ipsius sororis, vt per Campes. d. 1. part. quæst. 24. Rogerius de dote. §. 2. á num. 8. nihilominus verius videtur, hoc casu fore distinguendum inter dotem quantitatis, & speciei, non recipientis functionem, quemadmodum in quolibet alio debitore, prout apertè sentit Bart. in l. 1. § nec castrense num. 8 C de collatio bonorum, & in tractat de duob fratrib. num 16. vbi resoluit expensas, à patre factas, in studio tunc demum videri factas, de bonis filij apud patrem existentibus, quando illa bona consistunt in pecunia, dicit receptum Gomes. l. Tauri 29. num. 19. vbi in caute dicit, hanc Bart. sententiam optimam rationem non habere. prosequitur Barbosa 4. part l. 1. ff. solut. matrimon. nu. 141. & 152.

Ex quibus in præsenti diximus non esse compensationi locum, sicque censuerunt D. Dionysius de Mello, & D. Nonius d'Afonseca Cabral qui velut inter humiles cupressus oliuas capite supereminet quibus libenter accessi. Et idem postea iudicauimus in processu Francisci Aluarez, contra Antonium Fernandez in ordinario grauamine interposito à Præside Emanuele Coelho, scriba Stephano de Castro.

Quod secus obtinuit in processu Dominici Vieira, contra Anna Manuel, scriba Georgio Fernandez in causa seruitij cuiusdam famuli cui dominus domum in testamento reliquerat quam compensandam obtinuit cum seruitio, quia in eo casu specialiter disponit Regia Ordinatio lib. 4. titul. 31. §. 1. quæ cum nostrum sit ius commune, & compensationi locum

locum fore decernat cessant iuris cõmunis interpraetationis, & securius procedunt quae Cabed. decis. 117. per tot.

SVMMARIA.



Ilius naturalis an censeatur nominatus in maioratu, nu. 1.

Ord. Regia libr. 4. titul. 36. §. 4. practicatur in capellis nominationis filius naturalis admittitur excluso substituto, num. 2.

Interpratatus tex. in l. ex facto. §. si quis rogatus ad Trebell. nu. 3.

Illegitimus non dicitur de familia. n. 4.

Naturalis excludendus est á capella successione. ibi.

Appellatione filiorum solum continentur legitimi non vero naturales. ibi.

Naturalis non excludit substitutum ex se, sed adiũcta voluntatis coniectura. ibi.

Filius naturalis non est vērus filius. nu. 5.

Interpratat l. vlt. ff. de iur. deliber. ibi.

In filijs naturalibus regula negatiue constituenda est. ibi.

Confunditur intellectus Corrasii dum sentit Papinianum affirmatiue respondisse. n. 6.

Interpratatur Vlpianus in §. si quis rogatus, ibi.

Explicatur Papin. in §. volo, ibi.

Explicatur l. Lucius. §. vlt.

Interpratata l. haeredibus 77.

Explicata Ordin. libr. 4 titul. 39. §. 4. n. 7.

Procedit in emphyteusi libera nominationis ibi.

Non potest extendi ad maioratum in quo conceditur electio inter liberos tantum. ibi.

Ordinat. procedit in electione concessa pediti. num. 8.

Naturalis in figura matrimonij susceptus facit defficere conditionem si sine liberis. num. 9.

Naturalis nominari potest si conditio sit apposita clerico. ibi.

Interpratata l. fideicommissum 75. ff. condit. & demonstr. ibi.

DECISIO XIIII.

An capella nominationis seu electiua, quia successor potest nominare vnum ex filijs, post se: eo non nominante defferatur, ad filium naturalem, & non ad substitutum, in deffectum filiorum, quasi deffecta sit conditio, per existentiam fily naturalis, Ordin lib. 4. titul. 36. §. 4. explicata.



Vm testator in suo testamento disposuisset vt maioratus seu capella quam instituebat defferreretur ad filium seniorem ipsius, qui post se nominare posset, filium qui in ea succederet, alias eo non nominante, tunc successio maioratus pertineret, ad secundogenitum, cum ijsdem conditionibus, expresis in primo

primo gradu. Contigit quod primo vocatus, decessit sine liberis legitimis, relicto filio naturali, qui (cum pater non nominasset) asserebat, se à lege nominatum & electum extitisse, arg. Ordinat libr.4.titul.36 § 4. & his quæ resoluit ad eam Ordinationem Valasc. de iure emphyt. quæst 50 nu 6. Pinel. de bon. mater. 2 part. nu 70. D. Caldas Pereira de nominat. quæst. 6 num. 9. & quæst. 3 num. 4 & 5. & quæst. 7. num 4. & 28. & quæst. 11. num 13. & quæst. 13 num. 10. & quæst. 7. num. 39. & quæst. 9. num. 8. idem Valasc. cons. 134. num. 13. & 147. num 11. Gama decis 2 idem Caldas Pereira de nomin. quæst. 19. ex num. 28. & dict. quæst. 7. á numer 24. plures citat doctissimus Emanuel Barbosa in suis doctissimis notationibus quæ admodum doctæ sunt Cleantisque redolent lucernam, quam Ordinationem ex stilo regni practicari in capellis seu maioratibus nominationis seu electiuis, prosequitur idem Valasc. 1. part. cons. fin num. 38. vt in illis primogenitus nominatus censeatur, si pater qui eligere poterat sine nominatione decessit, quod cum ita in capellis receptum sit, pariter & recipi debet, quod eadem Ord. disponitur in dict. §. 4. vt naturalis filius equitis qui legitimos non habet filios, nominatus censeatur, ibi, *E não auendo descendente legitimo per morte do foreiro posto que aja ascendente legitimo, hauera esse foro seu filho natural, se o tener, ainda que seu pay fosse caualeiro*; nec est inconueniens illam Ordinationē ibi locum sibi vindicare in capellis, cum etiam secundum aliquos cō-præhendere valeat emphyteusim ecclesiæ, cuius naturales filij capaces nō sunt, ex Gama dict. decis. 2. num. 5. & decis. 50. num. 2. & decis. 149. num. 5. & decis. 308. num. 6. & decis. 315. num. 8. Costa de succesio regni fol. 102. Pinel in l. 2. de bon. mater. num. 11. illud enim dominium vtile est quid profa- num, ex Barbosa in l. Titia. ff. solut. matrimon. nu. 44. idem Valasc. cons. 144. numer. 13. D. Caldas Pereira de potest elig. cap. 15. num. 1. & 34. Surdus decis. 160. num. 15.

2 Pro cuius assertionis fundamentis illud principaliter adduci potest quod sine dubio, naturalis filius debet admitti, excluso substituto, quia quilibet filius naturalis, facit deficere condetionem si sine liberis, vt excluso substituto ipse admittatur gloss. in c. in præsentia de probatio ibi si naturales filios habeat euanescit, &c. late Doctores in l ex facto § si quis rogatus 1. ff ad Trebell vbi Ripa num. 6. cum declaratione Alex ibi numer 6. nisi testator sit in dignitate constitutus, Ripa num. 15. Iacobin in l. generaliter. § cum autem, num. 3. Cod de instit. & substitutio, Felin. in cap. in præsentia num. 21 de probatio, vbi Deci num. 37. Socin in l. hæredes mei, § cum ita. ff. ad Trebell. Rubeus in l. gallus. § quidam recte nu. 155. Gomes 1 tom. cap. 5 num 40. Padilla in l cum acutissimi, num. 31. C. de fideicommis. Duen. reg. 352. Mantica de coniectur. lib. 11. titul 9 á num. 2. citans alios qui dicunt communem, fatetur Gabriel lib. commun. titulo de fideicommiss. conclus. 2. num. 68. Rojas in epithome succesio. c. 14. num. 12. secundū quos in dubio nisi aliud ex dignitate, & cōditione personæ disponentis, vel ex alijs coniecturis colligatur, per naturalium filiorum existentiam substituti excluduntur, quæ opinio cum sit communis, ab ea in hoc regno recedere non licet, in iudicando ex Ordin. lib. 3. titul 64. Nec obstat interpraetatio Costæ in §. & quid si tantum. 1. p. numer. 79. & in cap. si pater, verbo si absque liberis num. 42. dum dicit Iurisconsultum in dict. §. si quis rogatus non sentire quod ex ea communis deducit, quod scilicet naturalis filius excludat substitutum, nisi pater sit, in dignitate

dignitate cõstitutus. Sed potius quod in illis casibus in quibus contra regulas communes, naturalis admittitur, vt excludat substitutum; id non admittatur si testator sit in dignitate constitutus, nam tunc coniectura quæ faciebat pro naturali, elidetur per contrariam, atque ideo eo casu quasi in re dubia naturalis substitutum nõ excludet.

3 Hæc enim interpretatio contraria est menti, Iurisconsulti, nam si bene aduertimus, Vlpianus tres coniecturas adducit, ex quibus possit colligi vtrum testator in conditione si sine liberis senserit de naturalibus, prima est, quæ deducitur ex dignitate testatoris, secunda ex voluntate, quæ exemplificatur per l. cum pater §. volo ff. de leg. 2. & procedit licet testator in dignitate constitutus sit, Costa in d. §. & quid si tantum num. 62. 5. part. Tertia ex cõditione disponẽtis, prout si sit naturalis, non censeatur naturales exclusisse, vt per Deci. in dict. cap. in præsentia num. 43. etiam si testator sit in dignitate constitutus.

Vnde apparet quod Iurisconsultus in illo tex. aliter disposuit, quã Costa explicat, nam verus sensus est, quod etiam in casibus in quibus propter dignitatem, testatoris non videtur actum de naturalibus, tamen de illis intelligatur dispositio in casibus in hoc tex. relatis. Atque ideo Papinianus ibi non generaliter loqutus est, sed tãtum in filio naturali, libertino, in quo Vlpianus eius admisit sententiam, quoad alios vero naturales, dicit quæstionẽ esse voluntatis, cum vero coniecturæ ab eo descriptæ frequentius concludant, naturales substitutũ excludere, merito secundum hoc cõmunis procedit vt in dubio naturales substitutum excludant nisi testator sit in dignitate constitutus.

4 Verum in nostra hypothesi obtinuit, naturalem excludendum á successione capellæ, ad eamque inuitandum fratrem defuncti, eidemque substitutum, sub conditione si sine liberis discessisset, ex eo fundamento quia proprie loquendo appellatione filiorũ solum continentur legitimi, non vero naturales, l. filium in princip. ff. de his qui sunt sui, ac proinde cum in conditionibus verba, in specifica forma accipienda sint, l. qui hæredi. ff. de condit. & demonstrat. nullo modo ad naturales sed ad legitimos referri debent, facit l. generaliter ibi iusta sobole. C. de instit. & substit. illegitimi enim non dicuntur de familia l. si spurius 14. ff. vnde cogna. §. vulgo instit. de success. cogn. Tiraq. de retract. tit. 1. §. 1 gloss. 8. num. 6. Rojas cap. 20. nu. 116. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 46. nec parentum honorem sequuntur Bart. in l. 1. C. de dign. libr. 12. Rojas cap. 15. á princip. facit Ordinat. lib 2 tit 52. §. 7. ne videatur testatorẽ ad delinquendũ inuitasse successores, vt ex concubina filios suscipiant, vt substitutos excludant, Bart. receptus in dict. l. hæredibus 77. ff. ad Trebell. in fin. pro qua sententia expendi potest, dict. § si quis rogatus, quia dum Iurisconsult. ibi dicit voluntatis esse quæstionem, an naturales excludant substitutum, plane ostendit; non absolute naturales substitutum excludere, quandiu aliquid ex voluntatis argumentis aliunde collectis non accedat, sicut alias in dict. §. volo disponitur, libertinum eundemque collibertum, ex voluntate substitutum excludere, l vlt in fin. ff de iur. deliber. nec vlla differentia constituenda est, in conditione expressa à testatore, si sine liberis decesserit, vel tacite á lege intellecta, quia quæ vigent in conditione per legem subintellecta, similiter procedunt in ea quæ à testatore exprimitur, & è conuerso, confunditur enim dicta distinctio, ex his quæ Bart. in dict. §. si quis rogatus num. 1. Costa d nu 40.

5 Pro

5 Pro qua opinione & receptiori sententia pugnat, tex. in d.l.vlt. ff de iur.deliber ibi, *quia eo loco verum filium accipi oportet*, quæ verba satis ostendunt filium naturalem non esse verũ filiũ, de quo testator in dubio senserit, & ibi, *si tamen testatorem de hoc filio loqutum esse appareat*, vt aduertit Costa in d.§. & quid si tantum.p 5.nu 58 & 74. Cald. Pereira de nomin q 19.nu.16 & q 20. nu.13.Conan.libr.10.cap.1.num.7. Ibi namque proponebatur quod pater filium suum vnicum libertinum, pupillarem hæredem instituisset, ex quo satis constat de ipso loqutum fuisse, dum dixit si mihi filius nullus erit; referuntur ergo illa vltima verba ad generalem rationem Trebatij ibi quia filijs &c dũ enim docuit appellatione filij, libertinum quoque contineri, Iabolenus intelligit hoc verũ esse, & filij appellatione libertinum etiam contineri, si appareat testatorẽ de hoc filio loqutum esse, prout apparebat in specie illius tex. ex quo patet si aduertamus responsa Iurisconsultorum quæ dicunt naturales in proposito excludere substitutos, procedere vbi pro illis adest aliqua voluntatis coniectura, ex quo fit, vt regula potius negatiue constituenda sit vt naturalis in dubio nõ excludat substitutũ Costa in §.& quid si tantum. 5.p. nu.7. & in d.c.si pater, verbo si absq; liberis à nu.34. Padilla in l.cum acutissimi, nu.31. C. de fidei. Molin.lib.3.c.3. à nu.41.

6 Qua regula sit negatiue concepta confunditur intellectus Corras. lib.1.miscel c.7.nu.4.dum sentit Papinianum affirmatiue respondisse, in d. §. volo vt naturales faciant defficere conditionem, à qua sententia discedit Vlpian.in d.§.si quis rogatus, dũ dicit voluntatis esse quæstionem, pro qua opinione vrgent illa verba mihi autẽ, &c. quæ propter aduersatiuam autem significare videntur aliquid diuersum. Quia verius est hæc responsa sibi non aduersari quinimò inter se conuenire, Papinianus enim in d.§ volo, non dixit simpliciter per libertini, & liberti existentiam conditionem euanescere, sed caute adiecit, id fieri ex voluntate defuncti, quod quidem ipsum Vlpianus in d.§.si quis asserit, nec ad rem facit illa aduersatiua mihi autem, siquidem refellitur argumentũ, si consideremus quod in d. §.volo, nõ in dubio sed ex coniecturata voluntate, naturalis exclusit substitutum, coniectura vero deprehenditur ex eo quod naturalis ille erat notus testatori, qui eundem iam honorauerat, & & manumiserat, cum patre, ac de illo mentionem fecerat, arg l.qui filiabus 17.ff.de leg.1.cum traditis per Molin. de primog.lib 3 c 5 nu 50 ita explicat Bart in d §.si quis nu 2.vbi Alex nu.6. Ripa 17 Decius in cap. in præsentia num.39.Socin.in l cum auus num.35. Costa d nu. 7. & verbo si absq; liberis nu 41. Caldas Pereira d.q.20 num.10. Sciebat enim testator libertos, quos ibi grauauit filios, tantũ habere naturales, in seruitute conceptos & consequenter de illis intellexisse videtur, arg.l.pen.vers.sed si, ff.de vsu & habitat, aduertit Corras.vbi sup. nu.6. nec pariter obstat, quod in d.§.si quis, videtur Iurisconsultus regulam affirmatiue, constituere, scilicet quod naturalis excludat substitutũ, nisi testatoris dignitas aliud suadeat, respondetur enim cum Costa d.5.part.nu 79. & verbo si absq; n.41.Caldas Pereira d.q.19.n.33. Nec similiter obstat l.Lucius.§.vltim. quia procedit etiam ex coniectura voluntatis, quæ ibi colligitur ex eo quod testator sciebat extare naturales, quorum in ipso testamento meminerat, eosdemq; honorauerat, & manumiserat, aduertit Corras.vbi sup.n.7. Cald. Pereira d.q.20.num.9. sicque ex pari voluntatis coniectura, procedit dict.l. hæredibus.77.quia pater ibi filiam furiosam viuens matrimonio collocauerat,

uerat, vnde cum sciret matrimonij nullitatem, l.patre. ff. de his qui sunt sui, c.dilectus de sponsal certo sciebat filios, ex illa legitimos nasci nō posse, Costa dict.5.patt. num. 62. & verbo si absque, num.34. Bart. & Alex. num 10. in d.l.hæredibus, Ripa nu 118 in d § si quis, Decius 43. idem Costa d.verbo si absque, num.39.

7 Vnde non obstabit Ord.libr 4. tit.36.§.4. quæ naturalē etiā exequite in hoc regno admittit, ad emphyteusim vt cēseatur nominatus, à patre qui sine nominatione decessit, quia respō detur, quod illa ordinatio procedit, in emphyteusi liberæ nominationis, ad quam pater poterat nominare, quem vellet libere post se, patet ex §.2. & finandose, qui agit de emphyteusi concessa, cū libera facultate eligendi, post se, secundā personam, ex quo fit quod non possit habere locū, in emphyteusi de pacto, & prouidentia, seu pro se & liberis, tunc enim nō potest admitti naturalis, quia verba nō conueniunt, & recurrendum est ad ius cōmune, secūdum quod verba proprie intelligēda sunt, de legitimis liberis dixit Menes. in l. cum acutissimi, nu.35. C.de fidei. Clarus in §. emphyteusis. q 30. Caldas Pereira de nomin.q.19.nu 8.& q 21.nu.30.vbi etiā excludit legitimatos. Ex quo patet d decisionem legis Regiæ extendi nō posse ad maioratus electiuos, cōcessa electione inter liberos quia ibi non datur libera nominatio, sed restricta ad filios, & semper intelligitur de legitimis & habilibus arg. l.Lucius Titius damā.ff.de leg.2.

8 Si autem electio ad Capellam vel maioratum concessa sit, pediti, in hoc regno cū iudicio dubitari potest, an naturalis eo casu nominari possit, ita vt abintestato decedente illo cui nominandi facultas, cōcessa est, filius naturalis censeatur nominatus, cum de iure Regio libro.4. tit.92. cautum sit, vt peditum filij vna cum legitimis succedant, & admittantur, nulla inter eos & legitimos constituta differentia, cum eos Gama ad emphyteusim ecclesiasticam admittat, quæ non nisi legitimis patet, Gama decis.2.nu.6.in fin. & collationem cum legitimis illis competere dixit Valas. de partio.c.12. num.49. & an rumpant Valasc cons. 94 Thomas Valasc.alleg 6.n.26.plura per Cabed decis.100.& arest.88.

9 Quare eo casu, concessa electione in maioria, vel decedente patre sine nominatione, filiū naturalem seniorem præferendū legitimis existimarem, quasi à lege nominatum, ad quod conducit elegans argumentum, quod deducitur ex intellectu glos. 2 in d.§ si quis, vbi Bart.n.2 Ripa 6 & dicit cōmunem Costa vbi sup nu 36 Manti. d.tit.11.n.2. vbi inquiunt quod naturalis filius in seruitute, & figura matrimonij susceptus facit defficere conditionem, si sine liberis, quia is manumissus patri succedit, tanquā filius legitimus, iuxta quem sensum explicāt tex in d l Lucius.§ vlt. & in l.fin.ff de iure delib & faciunt verba tex. in d §. vlt. ibi creditur naturalis, idest in seruitute conceptus, vbi notauit glos.vlt. & licet hæc explicatio confundatur, quia nullibi legimus naturales filios, in seruitute susceptos in figura matrimonij, tanquā legitimos tempore Iurisconsultorum parentibus succedere, cū imó contrarium colligatur, ex d.l. ex libera, iuxta intellectū Pauli & Fulgosij ibi pro quibus est tex.in l 3.C.sol. matrim. & clarius constat ex princip. instit.de seruil.cognat. dū Iustinianus ibi ius nouum constituit, patet ibi nostra cōstitutio, & intendit tex.in Auth. vt liberti de cætero in §. si quis, deinde quia frustra in d.§.volo in libertino expenderet Iurisc. patris voluntatē, si ille ex eo quod susceptus est in figura matrimonij, patri succederet, licet inquam hæc opinio ex suppositis confundatur, tamen conducit ad casū

dum

dum cõmunis naturalem à legitimis non differre testatur, conceptũ in figura matrimonij, prout de iure Regio naturales inter plebeos, cum legitimis succedunt, & vt pariter, & nominati censeantur à patre, qui eligendi habebat facultatem, vnum de filijs. Sicut alias filiũ naturalem nominari posse dicemus quoties hæc conditio ad clericum dirigatur, qui legitimos filios procreare non potest, sicque consuluit Bald. conf. 373. nu. 7. lib. 1. quem citat Mantica vbi sup. nu. 22. Angel. in l si quis post hos. ff. de liber. & posthum. Corras. vbi sup. nu 6 quod si in sacris constitutus sit ne dicamus, vocatos spurios filios & sacrilegos, prout repellendos dixit Bart. in dict. l hæredibus in fin. num. 4. Alex d § si quis num 6. Ripa 18. Abb. in c in præsentia nu 15. Decius 28. de probatio Caldas Pereira d. q. 20 nu. 23. debet talis conditio intelligi de adoptiuis, obseruat Bald. cũ Paulo in d. l si quis posthumos, Hypol. in l. 1. §. si seruus n. 5. ff. de quæstio & in Rubr. de fideiuss. nu. 197 Mantica vbi sup num. 32. Corras. vbi sup. per tex. in l. fin. vers Ex bonis. ff de bon. damnator, licet contradicat dict pater meus vbi sup. nu. 34. nec aduersatur. l. fideicommissum 75. ff. de condit. & demonstrat. & l. si ita. 53. §. 1. ff de leg. 1. quia respondetur, regulam illam limitari ex voluntate defuncti, subintellecta, quando conditionem adijcit, illi qui alios præter adoptiuos filios habere non potest, iuuant quæ tradit Costa dict. 5 part. nu 55. & d verbo si absque liberis num. 48. Multæ aliæ coniecturæ, in materia vltra Costam, Manticam. d. titul 9. n. 5. videndæ per Tiraq. de nobilit cap. 24 à num. 13. & in l. 1 connub. à num. 45 Gama decis. 167. plura per Molin. dict. lib. 3 cap. 3. num. 30.

SVMMARIA.



IN replica mutari seu variari potest actio in libello proposita, & quomodo n. 1.

Replica est pars libelli quomodo accipiendum sit ibi.

Ex læsione enormissima an detur actio contra tertium possessorem. n. 2.

Contra tertium agitur in subsidium quando primus emptor soluendo non est. ibi.

Primus & tertius emptor debet vno eodemque processu conueniri, ibi. Sicut & dominus directus quando extraneo renouauit emphyteusim.

Actio de dolo est personalis. n. 3.

Interpretata Ord. lib. 3. tit. 13. § fin.

Data læsione enormissima nunquã dominiũ absuisse censetur. ibi.

Ius retrahendi concessum proximiori datur contra tertium possessorem. ibi.

Rem alienatam à patre in vnum ex filijs in praiudicium aliorum nunquam absuisse à patrimonio parentis lex fingit. n. 4.

Probata læsione enormissima contractus à principio resoluitur ibi.

Improbata Innocentij doctrina quod eo casu datur officium iudicis. n. 5.

Pactum de retro vendendo producit actionem contra tertium n. 6.

Explicatur doctrina Alexandri. ibi.

In læsione enormi agitur ex personali contra emptorem non contra tertium. n. 7.

Tertius qui emit bona fide præscribere potest. nu. 8.

De iure nouiori qui habet authorem malæ fidei non minori spatio quam 30. annorum præscribit. n. 10.

DECISIO XV.

An ex læsione enormissima agi possit contra tertium & vlteriores possessores possidentes ex titulo oneroso, & quando, ad Ordinat. lib. 4. tit. 13. §. fin.



Endito oliueto quod præcium 40. mille nummorum ascendebat, pro 13. mille nummis, agebat Ioannes Bispo, contra hæredes Didaci Velho, ex enormissima læsione, & licet in libello rei vindicationẽ simplicem intentasset, postea in replica addidit causas nullitatis, & quia per plures manus post primam venditionem in qua dict. læsio incidit, oliuetũ transierat, vltimus possessor conuentus medios emptores laudauit, & specialiter quandã Mariam d'Oliueira, à qua vltimus possessor causam habebat, & per longum tempus se possedisse testabatur, de duobus controuertebatur, in hoc processu. Primum an posset actor in replica mutare actionem; secundum an contra tertium possessorem agi posset, rei vindicatione prætextu dict. læsionis deductæ; à quo dependet alia quæstio an hic tertius præscribere posit, & quo tempore.

1 Et quoad primum non sine lite est an in replica, mutari prioris actionis forma posit, obstante regula l. edita. C. de edend. secundum glo. Bart. & omnes ibi auth. qui semel. C. quomodo & quando iudex, vbi post litem cõtestatam nulla fit actionis variatio, Capella Tholos. 469. Afflictus fæudor. lib. 2. tit. de controu. inter episcop. & vassal. nu. 6. idem decis. 60 late disputat Pinel. in l. 2. C. de rescind. vend. 3. part cap. 1 à nu. 24. vbi nu. 25. respondet illud quod dici solet replicationẽ esse partem libelli, solum procedere, quando talis replicatio non sit contraria, ipsi libello, & quod etiamsi repugnet, admittenda sit, tenuit Curtius in l. interpositas. C. de transactio. n. 13. vbi tenet, quod per viam replicæ potest opponi nullitas, licet in libello sit actũ, ad rescindendum contractum, facit l. siue apud. C. de transactio, vbi simpliciter suscitatur antiqua actio, & reo opponente de transactione admittitur doli replicatio quæ diuersa est ab actione proposita, quod quidem in hoc regno sine dubio admittendum est, teste Valasc. de iur. emphyt. quæst. 6. à num. 16. qui testatur praxim obseruare etiam super non deductis in libello, si tamẽ in actis probentur, posse sententiam ferri, cum lege Regia certum sit vt sententia ex comperta veritate ferri posit, Ordinat. lib. 3. titul. 63. pungit Pinel. vbi supra num. 26. citato Aymon. cons. 210. Afflict. in constit. Neapol. libr. 1. rubr. 8. num 49. Auend. 1. respons. Maranta in praxi 4. part. 16. distinct. De quo eleganter Guilelm. verbo si absque liberis. titulo de fideicommiss. substitut. numer. 49. ad fin. vbi refert legem Franciæ à Philippo pulchro latam anno 1303. cap. 8. & 9. & in Curia Delphinatus Guido quæst. 369. Ex quibus deducta in replica praxis admitrit vt facilius litibus finis imponatur Gama decis. 330. num. 2. vbi multis comprobat, & refert iudicatum.

2 In secunda quæstione, circa læsionem enormissimam an ex illa detur actio contra tertium, vel vlteriorem rei possessorem, non leuis est quæstio, nam ex læsione in contractu incidenti sola personalis actio competit quæ ad tertium possessorem nõ

porrigitur

porrigitur.l.fin.§.fin.ff.contrah.empt. l.1.§.si hæres.ff.ad Trebell. l.dolus.C. de rescind. prosequitur late Couar. lib.2.variar.cap 3. nu.10. Pinel in l.2. 2.part.cap.1. à num.30 & seqq. Gama decis.21. num.2. vbi bona additio sequitur Alex. cons 92. vol.1. numer.8. cuius etiam meminit Fabianus de emptione vol 1. tractatuum fol. mihi 132.num.13. Mencs. in d.l.2. num. 39. Gomes.2.tom. de contractibus cap. 2. nu.22. Tiraq. dict.l.si vnquam.verbo reuertatur num.327. Matienço in l.1. gloss.8. num.24. tit.11. libr.5. Sfortia in tract. de restitutione 1. part. art 30. quęst. 17. Valdes in suis additio ad Xuarem alleg.21 nu 4. Crauetta cons. 12.vol.1 per tot.Decius in l.qui in ius 137.num 3.ff de reg iur. pro qua opinione pondero tex.in l cum precibus C. de rerum permutat. vbi resoluto contractu permutationis, non potest agi contra tertium possessorem, de quo meminit Decius cons.187. nu.1. Nec obstabit quod ponderat Costa in l gallus.§ & quid si tantum. 1.part. nu. 64. quod hæc actio est in rem scripta, ac proinde potest intentari contra tertium possessorem, illud enim procedit in subsidium, quando scilicet primus emptor soluendo non sit, vel titulo lucratiuo res ad secundum emptorem transierit, etiã ignorantem, ex l.qui autem.§ simili quoque modo.ff. quę in fraud. nec vtrumque copulatiue requiri pugnat Gama dict. decis. 21. à num. 1. contra Pinel. vbi supra num.31. qui vtrumque copulatiue requirit quod titulo lucratiuo res transierit,& primus non sit soluendo,licet nu.32.teneat tertium bona fide ementem, vel ex titulo donationis bona fide posidentem non teneri omnino. His tamen casibus semper in principali debitore prius facienda est excusio,licet Gama illam non requirat, in quo illum contra communem loquutum dicit Flores in additione ad d. decisionẽ 21. ad fin. testaturque praxi receptum, vt primus & tertius emptor in vno eodemque processu cõueniantur, quæ vtilis est obseruatio ex Dec. cons.187. á n.2. vt in domino directo cõuento, ex personali actione,pro renouatione emphyteusis, qui citari debet simul,& cum tertio possessore, vt vtriusq; ius vna sententia cõcludatur, sic intelligẽdus Cald Pereira de re noua q.7.n 26 & 33. sine nouo processu.

3 Si autem ex dolo agere intendamus actio de dolo est personalis.d l. dolus. C de rescind. vend. vbi gloss. verbo rei vindicatio eam extendit ad venditionem nullã vt nõ detur actio, cõtra tertiũ sequitur Alex cõs.92.lib.1. n 7. Verũ Senatus censuit ex læsione enormissima,agi posse rei vindicatione etiam contra tertium possessorem, cuius assertionis fũdamentũ est, quod in enormissima læsione consideratur dolus. l. si superstite C.de dolo, cuius interuentu contractus à principio corruit, & perpetuo res vendita peti potest, Gama decis 66. nu.3. & decis 95. nu 3 & decis 198 & 266. qui dolus nõ purgatur, etiam iudicis authoritate, prout in dublica subhastatione Gama decis.198.& 291.& 232.& 267.Valasc. cons.130 nu.22. Parlador.lib.2.cap fin. nu.16.adeo vt res ipsa præcisè tradi debeat,Ordin.lib.4.tit.13. in fine, ibi, *restituirseha a cousa precisamente*, & notanda sunt illa verba quibus lex Regia rẽ præcise domino restituendam dicit, supponens agi posse via restitutionis, ad rem consequendam,quæ restitutio, contra tertios possessores,attento iure competit, vt rem recuperet & fructus ipsius,ab indebita occupationé,Valasc. cons.43 nu.5.& cons.39.nu.57. Xuar. alleg.21.ad fin. Couar.lib.1 resolu.c.5. nu.7. Sicque supponendum hoc casu nunquã ab alienante dominiũ exijsse, atque ideo tertio emptori acquiri nõ potuisse sequitur Saison in consuet. Turon.titul.de retract. art.5.col.3.vbi

ait quod ius retrahendi concessum proximioribus de familia datur contra tertium possessorem, quia ius reale est, aduertit Alex.cons.92.libr.1. vbi dicit ad iura contraria, quod procedunt ex eo quod in illis datur sola actio personalis, quod etiam adnotauit Tiraq.dict.verbo reuertatur num. 269. inferens secus esse in casu d. l. si vnquam, in quo natiuitate filiorum dominium rei donatæ, ipso iure reuertitur ad donantem, quasi sub eo onere alienata fuerit, quod quidem onus reale est, & rem sequitur quocumque vadat, nisi præscripta sit, vt infra dicam. Faciunt quæ eleganter Barbatia in Clem.1.col.8 de electione vbi agens de partitionibus ait quod si cōtingat, annullari, bona iterum in communionem deducuntur, licet existant apud tertium possessorem, facit l.fin. C.commun. de legat. l.creditor.C.de donatio.inter virum.l.si ex prætio.C. si cert. petat.l.2.C.cōmun.diuidundo. l.diuus. ff pet. hæred. quæ conducunt ad Ordinationem lib.4.titul. 96 §.19. quæ non permittit partitiones semel factas annullari datis tamen maximis erroribus annullari posse dicit Valasc. de partitio cap.39. num.75. & 77.

4 Conducit etiam ad intellectum Ordinationis libr. 4. titul. 12. in fine vbi rem à patre, in filium alienatam, sine solemnitatibus illius legis fingit lex rem in hæreditate defuncti esse, quasi nunquam ab illa exierit, vt inter hæredes diuidatur, in quo eleganter tertium possessorem ipsius, tertiũ non esse decernit quoniam fingit dominium nunquã ab alienante exijsse, nec obstabit, si quis dicat Ordinationem procedere si res apud filium, in quem alienata fuit reperiatur, secus vero, si penes extraneum, vt in Ordin. lib.4.titul.96.in fine princip. ibi, *Se os ainda tiuer tralosha*, quia hæc ordinatio procedit in acquisitis titulo habili, à principio, non vero titulo reprobato, & nullo, prout iste est de quo agimus, & ideo nil mirum, si non sit tutus ex illo tertius possessor, cuius contractus resoluitur probata læsione enormissima, à principio, quam rationem vt contra tertium detur actio ponderat Decius dict.cons.187. nu.4. Pondero pro hac sententia dictum Innocentij in cap.dillecti de maior.& in c. bonæ de appellat. vbi firmat saltem officium iudicis, dari contra tertium possessorem, ne locupletetur cum iactura aliena, quod etiam amplectitur Cynus in dict. l dolus C.de rescind. vbi limitat tex illum quando ageretur, officio iudicis, per l. in causæ. ff. de minor. Ripa in l.1. §. si hæres. ff. ad Trebell. num.23.

5 Quam tamen doctrinam non probo, cum videam ex Alex.dict.cons. 92.num.6. Innocentium agere quando tertius rem occupat sine causa, vel appellatione pendente, tunc enim æquitas suadet vt officium iudicis detur, nos vero agimus vbi non defficit actio, prout comprobatur ea. l.fin.§ si mulier, vbi Alber. Paulus, & Salycet. ff.ad Velean. Boer. quæstio. 182. ante num. 33. ne fiat melioris conditionis tertius emptor quam primus, eleganter comprobat Ordinat.Regia libr 3. titul. 86. §. 4. vbi semel re addicta, si postea contingat sententiam annullari, vel reuocari, rem ipsam restituendam dicit, primo domino, ibi, *Sejão tornados a cujos erão, &c.* quæ restitutio cum sit iustitiæ operatur contra tertiũ possessorem, in quo sensu etiam accipi debet Ordin.libr.1. titul.62.§ 54. vbi contra quemcumque possessorem agi potest vt res capellæ restituantur.

6 Vltimo facit quia sicut pactum de retro vendendo, producit actionem contra tertium, vt per Bero quæst.182. á num.16. sic á maiori in nostro casu, debilius enim ius habet qui dolo, & mala fide emit, tradit Tiraq. in proæmio de retract. cõuētio.n.4. neq; aliud probat

probat Alex. libr.1. conf.10. quem sequitur Curtius Senior conf.12.& dicit communem Afflict.libr 3 constitutio. fol.77.num.17. Iaf. in l ab emptione ff.de pact num.8.quatenus tenent pactum de retro non nocere tertio possessori,quoniam procedit Alex quando illud pactum fuit appositum ex interuallo, tunc enim solum inducit personalem obligationem, contra ementem vt reuendat; ideoque tertiũ emptorem non ligat ita Cassaneus conf.11. num. 61. & 64 pro quo facit Tiraq de retract conuentio.§ 1. gloss. 7. à num 4. Cum igitur in præsenti venditio sit fraudulenta per eam neq; dominium transiuit, in emptorem, nec ipse in alium transfert, quod à principio non accepit, alias enim facillimo negotio illuderetur hæc actio, transferendo rem nulliter emptam in tertium possessorem, si ab eo vindicari non posset.

7 Nec obstant quæ in principio adduxi quia procedunt in læsione vltra dimidiam, in qua ex personali agẽdum est contra emptorem, etsi ipse iam alienauerit Pinel.dict.cap.1.num. 30. alias enim fraudaretur commodo electionis quam habet ex l.2. Cod. de rescind. Pinel. in dict.cap.1. num. 29. Gomes de contract. cap.2.fol.11.col.3. sic exploditur Garciæ sensus de expensis cap.18. nu.21. vers quod si dum sentit inter læsionem enormissimam & enormem nullam esse differentiam.

8 Circa vltimam huius quæstionis partem quæ præscriptionem respicit, an tertius habens causam ab eo, qui mediante enormissima læsione acquisiuit, præscribere posit, sine dubio est quod si mala fides absit, præscriptio procedit, cum vsucapiendi conditio transferatur, ex emptione procedente à non domino, l.1. ff.de publiciana in rem actione is enim tertius facilius bonæ fidei possessor præsumitur, ex reg c.cura de iure patre, ibi, *eorum successores ignorant, &c.* facit l.bonæ fidei ff. de acq. rerum domin. ibi, *ab eoque postea alienata bona fidei emptori, &c.* late prosequitur Pinel. in l. 2. 2. part. cap 4. à num 38. quæ bona fides semper in dubio præsumitur. l. fin. C. de euictio, & illa stante tempore ordinario præscribi poterit l.vnica. Cod.de vsucap transf.princ. instit de vsucapio. l.1 & 2 C si aduersus creditor, facit l. vlt. C. vnde vi.cuius meminit Tiraq. de retract.ligna.§.1 gloss.10.num.14.& l.3. Cod. de his quæ vi, quæ permittit præscriptionem rei per vim compulsiuã possessam, cuius meminit Pinel. in auth.nisi à n.36. sequitur glo 3.l.10. tit 26.p.4.ad fin. Cabed.decis.160. 1 p. quia licet in contractu nullo, & per dolum gesto, prout est ille in quo intercedit læsio enormissima, actio de dolo duret, per 30 annos, tamen illud procedit quando alias illa res non sit præscripta, tex. in l. captum.9. C. de capti. & postlimin. reuer. vbi licet filius intra 30. annos ad hæreditatem admittatur, tamen illud intelligitur, nisi res hæreditariæ sint præscriptæ, Balb.2.part 4.principal.quæst.19.n.7. Cabed. 1 part.decis.160. à princ.

9 Vnde cum in casu præsenti cõstaret singularem successorem esse in possessione illius oliueti, per plures quam decem annos, obtinuit ipsum tuendum fore, cum esset quartus emptor, qui non immediate à primo, malæ fidei emptore, causam habebat, qui facilius ad præscribendum admittitur, ex Pinel in dict.l.2.c.4. num. 38. citato Molin.in consuet. Paris. §. 22. num.54.& in auth nisi num. 35. Balb. 2.part 3.principal. quæstio.12.num.7. ad fin.

10 Obijciebam tamen quod licet vt tertius præscribat, rem dolo emptam, & quã mala fide posidebat venditor, attento iure antiquo sufficeret longi temporis cursus, tamen attento

nouiori iure bona fides non sufficit, vt minori spatio quam 30. annorū præscriptio procedat, saltem quando rei dominus alienationem ignorauit, ex auth. malæ fidei. Cod. de præscriptio longi. temp. vnde hodie illa regula quod tertius bona fide præscribit, limitari debet in primo emptore, qui immediate successit vel causam habet ab emptore, malæ fidei, quia hic si nō probetur dominum sciuisse alienationem, triginta annorum indiget spatio, etiam si bona fide possideat, vnde illa antiqui iuris regula hodie solum in secundo vel vlteriori emptore locum habebit, non in primo, vt cum Molin. & alijs ponderat Pinel. in dict. l. 2. c. 4 num. 38 & in auth. nisi num. 35. Vnde licet in præsenti dicere possimus Reum esse secundum emptorem in quo defficit prohibitio dict. auth. malæ fidei vt longo tēpore præscribat, tamen non constabat ipsum à se incipiendo longo tempore possedisse nisi vteretur accessione temporis primæ emptoris d. Mariæ da Sylueira, quod fieri nō poterat cum illa d. Oliuetum minori quam 30. annorum spatio præscribere non posset, insuper nec constabat de titulo emptionis quo Oliuetum ad d. Mariam da Sylueira peruenisset ex quo fundamento nec ipsa potuit sine titulo præscribere minori quam 30. annorum spatio.

Quibus non obstantibus in fauorem Roi prolata fuit sententia approbata longi temporis præscriptione. In alio processu Michaelis Fernandez, cōtra Franciscū Ferreira eadē quæstio mouebatur in qua inferioris Curiæ Senatores censerant ex enormissima læsione non dari contra tertium rei vindicationem, & prætextu præscriptionis Reum absoluebant quia primus emptor titulo donationis rem in aliū transmiserat qui lōgo tempore possederat, sed quia aderant minores contra quos ordinaria præscriptio non procedit ex reg. l. 3. C. quibus non obijcitur. l. fin. C. in quibus causis in integrum restit. &c. D. pater meus verbo sua facilitate, à num. 46. sententia reuocata fuit concessa rei vindicatione.

SVMMARIA.

1. 

Ebitores chyrographarij sibi faciunt partes per concursum, num. 1.

Facta solutione vni per gratificationem pro rata reuocatur solutum. ibi.

Olim si legatarii instabant non poterat heres vni soluere nisi accepta satisdatione quod solueret creditoribus postea venturis. ibi.

Quando plures concurrunt melior est conditio illius qui praeoccupauit. n. 2.

Praeoccupasse dicitur qui prius sentētiam obtinuit non qui litem contestatus est. ibi.

Condemnatio aliquando fit insolidum, & aliquando non ita. ibi.

Explicata l. in iudicati ff. de re iud.

Explicata l. inter eos eod. titul. ibi.

Praeoccupatio habet locum inter creditores ex eadem causa. n. 3.

Eadem causa tribus modis dicitur in genere in specie, & in indiuiduo. ibi.

Occupantis fit melior cōditio quādo omnibus insolidum ius competit non vero quando pro parte prout inter coheredes. ibi.

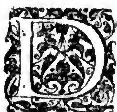
Prelatio etiam aliquando sine vlla litis contestatione dari potest, ibi.

Quando ex eodem actu pluribus competit actio

actio insolidum sufficit litis contestatio, num. 4.
Si creditores ex diversis causis concurrunt ille praefertur qui ad executionem accessit. num. 5.
De iure communi si priuilegiatus accedebat ante perfectam extensionem solutum reuocabat secus de Regio. n. 6.

DECISIO XVI.

Inter duos creditores chyrographarios an sit locus praelationi, & quando, Ordin. libr. 3. titul. 91. §. 1.



VO proponebantur chyrographarij creditores, quibus tenebatur quædã Chaterina Aluarez Bengaleira, oppidi de Faro regni Algarabiorum, & posterior ex his sententiam prius reportauit, eamq; exequebatur, cuius executioni se obtulit secundus creditor, seque præferendum in bonis debitoris asserebat, ea de causa, quia ipse prior erat tempore in debito, deinde quia tempore executionis protestatus est ne sibi ex tali executione præiudicium pararetur, quia ipse insudabat in inquirendo an alia suppeterent debitoris bona, in quibus sibi solui posset, quæ si non reperirentur, sibi prius ex illis ijsdem in quibus fiebat executio, soluendum fore. Iudex in fauorem Actoris sententiam protulit, quæ cũ dellata esset ad Senatum, D. Doctor Didacus de Brito eam pluribus fundamentis confirmandam duxit, quia tamen res quotidiana est, & passim in nostras manus incidit, articulum in tres partes diuidendum duxi. Primo an inter creditores chyrographarios, quando vni per gratificationem soluitur, considerari posit aliqua prælatio; secundo an inter se præferendi sint ratione præoccupationis, & sententiæ; tertio quomodo præferantur inter se, ratione executionis.

1 Et breuiter vnumquodque ex his perstringens noto, quod creditores chyrographarij, in debito sibi faciunt partes, per concursum, fitque vnicuiq; solutio pro rata. l. procuratoris §. si plures ff de tributor. Stracha titul. de coctoribus vlt part num. 16. Matienç. ad l. 7. titul. 16 gloss. 5 nu. 15 libr. 5. Valasc. conf. 87. num. 6. Vnde si vni debitor soluat per gratificationem, pro rata reuocabitur, l. pupillus vbi gloss. verbo per gratificationem. ff. quæ in fraud l. si non expedierit. §. 1. ff. de bon auth. iud. possid. Dynus in reg. qui prior de reg. iur. libr. 6. num. 23. quod tamen ita accipi oportet quando creditores instant, nam si nemo vrget tunc est gratificationi locus, & potest (dummodo absit dolus) vero creditori solui, nec reuocabitur à pari creditore, l. summa 21. § sed si alij ff. de pecul. l 9. titul. 15. part. 5 vbi Gregor. in gloss. 2. Matienç. d. l. 7. titul. 16. gloss. 5. nu. 15. libr. 5. Cabed. decis 131. 1. p. nu. 4. Gutierr. lib. 5. pract. c. 100. n. 7. si autẽ fiat iudicis authoritate solutio, semper rata habetur, l. qui autem. §. apud labeonem ff. quæ in fraudem, & ille præfertur sicut hodie hæres confecto inuentario soluit creditoribus per l. vlt. §. etsi præfatam C. de iure deliber. Valasc. cons 52 nu. 38. licet olim quando legatarij instabant illis soluere non posset, nisi accepta satisdatione quod restituerent creditoribus postea venturis, suam partem, alias enim soluenti imputabatur quasi in dolo fuisset. l. dolo. ff. ad l. falcid.

falcid. subiungit tamẽ Valasc. vbi sup. quod si hæres sciat alios creditores potiores, tenetur illos expectare, & licet conueniatur adhuc potest excipere de iure alterius creditoris priuilegiati, ne fiat condemnatio in bonis necessarijs, ad illis soluendum, l. 3. ff. quod cũ eo. l. ex facto. §. fin. ff. de pecul. Ias. in d. l. inter eos, nu. 7. ff. de re iudic.

2 Secundo vero casu quando fiat debiti præoccupatio ab altero ex creditoribus, illud noto, quod quando plures concurrunt, ad petendum, melior est conditio illius qui præoccupauit, idest illius qui primo sententiam obtinuit, is enim solus dicitur præoccupasse, non vero qui prius litem contestatus est, l. si vero 11. ff. de pecul. l. si quis à multis. 14. ff. de noxalib. gloss. 2. in l. inter eos. ff. de re iudic. communiter recepta Matienço vbi supra nu. 15. Bart. in l. sunt qui num. 4. ff. eod. Alex. 8. obstat tamen l. in iudicati 61. ff. de re iud. vbi sententiæ, sed executionis habetur ratio, & l. si pluribus. 33. ff. de legat. 1. l. ex duobus. 16. ff. de duobus reis, vbi ad præoccupationem sufficit litis contestatio, solutio est quod condemnatio aliquando fit in genere, & insolidum, non habito respectu ad bona debitoris, aliquando vero non insolidum, sed restricta ad quantitatem bonorum debitoris. Primo casu procedit l. in iudicati vt tempus executionis attendatur; in secundo vero tempus sententiæ, sicque procedit tex. in l. inter eos. ff. de re iudic. l. si vero. 11. ff. de pecul. cuius rei est ratio, quia hoc secundo casu facta condemnatione, iam videtur abesse à bonis debitoris illud in quo condemnatio facta extitit, quia sententia habet suam executionem paratam, l. post rem. ff. de re iud. Cumque illa bona de proximo sint separanda, habentur pro separatis, argum. l. pen. ff. de milit. testam. & quæ Decius in l. non videtur 51. num. 1. ff. de reg. iur. Vnde sit quod si postea secunda sententia feratur, contra eundem debitorem, qui nõ insolidum tenetur, sed respectu bonorum quæ possidet; debet intelligi vt deducta quantitate prioris sententiæ, in reliquis bonis fiat executio, l. si quis à multis. 14. ad fin. ff de noxalib. & si fiat aliter retractari possit, quasi indebite facta, argum l debitores ff. de condict. indeb.

3 Quæ tamen omnia accipi oportet, quando creditores prior. & posterior, ex eadem causa creditores sint, probat dict. l. inter eos, ibi ex eadem causa, quod tribus modis potest accipi, ex eadem causa in genere, prout ex causa crediti, vt accepit gloss. ibi, vel ex eadem causa in specie, veluti ex deposito vel venditione, vel de eadem causa in indiuiduo, vt quia ex vno contractu pluribus competit actio, ad eandem rem, & in hoc vltimo casu limitatur reg. d. l. inter eos, quia fit præoccupatio per litis contestationẽ, d. l. ex duobus. 16. ff de duobus reis, Valasc. cons. 143. à num. 1. quando tamen omnibus actio competat insolidum, non vero si pro parte prout inter cohæredes, quia tunc non fiet melior conditio occupantis, sed omnes æqualiter admittentur, l. verum 64. §. si cum tres. ff. pro socio. l. item labeo 23. in princip. ff fam hercisc. veluti quando vnus creditor mittitur in possessionem ex primo decreto, nam tunc omnes concurrunt quia in pignore prætorio nõ procedit d. reg. qui prior. l. si finita. §. si plures. ff. damn. infecto. l. prætor ait. §. de eo, eod. titulo. l. fin. C. de bon. auth. iud. poss. quod procedit quando sunt creditores ex eodem titulo veluti contractu, testamento & simili, non ex diuerso. Sicut è conuerso sine vlla contestatione potest dari prælatio, veluti si ex diuersis causis creditores instent. Cum debitor habuerit plures tabernas, diuersis locis alteram vini, alteram olei, creditores

vnius

vnius negotiationis præferentur alijs, alterius negotiationis, licet inter se æqualiter admittendi sint, l.plane.§.si plures ff de publican.Gregor l.11 titul. 14. gloss.4. part 5. licet repugnet Cuman.in l.priuilegia.ff.de priuil credi-tor. num. 10 sicut alias creditores ex onerosa causa, semper præferentur his qui ex lucratiua, l vlt § etsi C de iure deliber. Zeuall.practic. quæst.103.nu. 30. Peregrin.de fidei artic.4. num.6. sicut præferendi, hi qui contraxerunt antequam debitor fraudem vel decoctionem cogitasset, his qui scienter contraxerunt post fraudem, l. ait prætor.10 ff de priuil credit.

4 Vnde regula est quod quando ex eodem actu pluribus cōpetit actio insolidum, ad præoccupandum sufficiat litis contestatio; si autem competant actiones diuersæ, ex diuersis causis, tunc si condemnatio non fit insolidum sed cum restrictione ad bona quæ debitor possidet, tunc ad præoccupationem requiritur sententia; si vero sententia sit generalis tunc necessaria sit executio,d l.in iudicati, l pupillus ff.quæ in fraud.creditor.

5 Tertio tandem casu ab ijsdem regulis decisio petenda est, vt verum sit, quod si creditores ex diuersis causis concurrant, ille præferatur qui ad executionem sententiæ accessit,etiam quando sententia sit generalis, d. l. in iudicati, adeo vt de iure Regio creditor non priuilegiatus,qui prius sententiam exequitur præferendus sit ei qui actionem realem habeat vel hypothecariam, ex Ordinat.libr 3.tit.91. §.1 ibi,*& ainda que pretenda ter aução real*; Barbosa in l si constante, num. 63. in fine,& 6.part. l.1 nu.18.& 24.ff solut. matrimon.

6 Licet enim attento iure communi, si priuilegiatus superuenisset, ante perfectam executionem,vel etiā ea iam perfecta, admitteretur vt reuocet solutionem alteri non priuilegiato,vel non pariter priuilegiato factam. per l. pecunia C de priuil. fisci quæ licet loquatur in fisco, tamen ex gloss.ibi idem recipitur in quocumq; priuilegiato creditore, tenet etiā gloss. in l desferre § fin ff de iur. fisc gloss.2. in l. priuilegia ff priuil.creditor.Ias in d l.inter eos, num.7. Capicius decis. 78.num.5. Couar. practicar. cap. 29. Gregor. in l.11. titul 14. part. 5. verbo que vence.Gutierr lib 5 pract cap.100. num.7. Tamen Regia Ordinatio distinguit inter eum qui præsens fuit, tempore executionis,& tacuit, & passus fuit rem creditori exequenti addici,tunc enim propter negligentiam sibi præiudicat, l pupillus ff quæ in fraudem, quam distinctionem ponit l.pen §.1.ff.de exceptio rei iudic tradit Paulus insimili in l si fideiussor ff. de fideiuss.§ si insolidum. Alex in l 4. §.condemnatum nu 17. ff de re iudic. licet illa ordinatio non infæliciter videatur restringenda ad actionem realem tantum non ad priuilegiatā, ibi, *aução real*, quæ verba priuilegiatum creditorem non ligant in quo diuersa est ratio,l.ex facto in fin. ff.de vulgar. Bart.in l.sunt qui opes 4 ff.de re iudic. Bald.in l.fin.num.3 C.depositi,videndus Ripa in l. priuilegia ff. de priuil. cred.nu. 64.

Ex quibus fontibus dicebam quod in nostro casu erat præferendus posterior creditor, qui prius ad executionem sententiæ accessit, quem solū posset excludere attento iure communi prior creditor, quando actione reali agere posset,veluti hypothecaria quia inter hos qui prior est tempore potior est iure reg. qui prior de reg. iur.lib.6. l.is cui.§ postquam.l.2.C.qui potiores; quod quidem secus est in agentibus actione personali, quorum ius non ex tempore metitur sed ex causa, l. priuilegia. ff. de priuil. cred. Cum ergo vterque ageret ex personali actione, ex diuersa causa non priuilegiata,

legiata, succedit dict. Ordinatio titul. 91. in §. 1. in princip. vt qui prior exequitur præferatur, reliquis creditoribus, quia per sententiam præoccupauit vel per exequtionem iuxta distinctionem suprapositam; sicque Senatus censuit quæ doctrina etiam in foro conscientiæ seruanda est, vt sentiunt Sylu. verbo restitutio. 6. q. 5. Nauarr. in summa cap. 17. num. 49. Valentia tom. 3. disputat. 5. quæst. 6. punct. 10. Azor tom. 3. lib. 4. cap. 37. quæst. 6. vbi pro eadem refert Monaldum, Lessius lib. 2. cap. 15. num. 39. & Sayro libr. 10. clauis regiæ cap. 7. num. 92. fuit scriba Olіueira.

SVMMARIA.

1 *Fideiussores qui tenetur dare debet illos offerre in eadem prouintia non extra.*

2 *Acceptatis secundis fideiussoribus nouata censetur prior obligatio fideiussoria, & extincta.*

3 *In nouatione inducenda nouandi animus requiritur, & quod partes ita exprimant. ibi.*

4 *Expenditur sententia gloss. in l. pen. ff. de prætor stipul.*

5 *Si pro re iudicata accipiuntur fideiussores non manet nouata prior obligatio.*

6 *Non debet summi interprætatio in fraudem creditoris. ibi.*

7 *Licet hodie non detur nouatio deducta ex præsumptionibus non tamen tollitur illa quæ ex consequentia contractus inducitur vel ex contractu incōpatibili resultat.*

8 *Nouatio inducitur non respectu principalis obligationis, sed respectu fideiussoriæ. ibi.*

9 *De obligatis confideiussoribus tertius non debet in antiqua obligatione manere.*

10 *Si creditor non cedat actiones potest exceptione semoueri. ibi.*

11 *In obligatione multorum datur quædam indiuiduitas quæ separari non potest. ibi.*

12 *Si plures fideiussores intercedunt singuli insolidum obligantur.*

13 *Diuisio inter fideiussores quo iure inuenta. ibi.*

14 *Fideiussores insolidum non gaudent beneficio diuisionis.*

15 *Fideiussor antequam soluat debet petere vt sibi fiat cessio actionum.*

16 *In liberando vno ex fideiussoribus ex parte creditoris non consideratur dolus.*

17 *Inopia fideiussoris obligationē non perimit, sed inefficacem reddit.*

18 *Pactum speciale inter fideiussores fieri potest vt inter se soluant pro sua parte illi qui insolidū soluerit.*

19 *Fideiussori soluenti nō succurritur contra alios confideiussores. ibi.*

20 *De tutoribus ad fideiussores non debet fieri argumentum. ibi.*

DECI-

DECISIO XVII.

An datis secundis fideiussoribus in locum priorum ad partis instantiam, censeatur nouata priorum fideiussorum obligatio, etiam quoad vnum ex prioribus in cuius locum alius datus non fuit. Ordin. lib. 4. titul. 59.

PEracta negotiatione, Emanuel Mendez conueniebatur à Sixto d'Almeida vt rationẽ redderet, suæ administrationis, pendenteq; iudicio, cũ magnæ quantitatis pecuniæ debitor appareret, iussũ est, vt fideiussores daret tres exhibuit fideiussores, de iudicato insolidũ soluendo. Postea è regno excessit, Siuiliæ cõmoraturus, quo absente duo ex tribus fideiussoribus, effecti sunt nõ soluendo, & carceribus ob alia debita mancipati, vulnerata sic causa, Actor à iudice petijt vt à Reo absente per litteras requisitorias, peterentur noui fideiussores, loco defficientiũ, qui conditionem mutauerant, cui mandato si nõ paruisset caperetur. Expeditæ fuerunt requisitoriæ litteræ quibus cauebatur vt ipse personaliter cõpareret, fideiussionem antiquã renouaturus; deprecatus iudex nõ ad vnguem obseruans formam litterarũ à Reo duos fideiussores in locum priorũ assumpsit, quorum obligatio in actis præsentata fuit.

Cumq; hoc tempore illi duo fideiussores è carcere liberati essent, à iudice petierunt vt eos à suæ fideiussionis vinculo solutos declararet, sicque pariter tertius confideiussor eorũ petijt, quod ipse se obligauerat cum suis confideiussoribus tantũ, qui cum à sua obligatione liberati sint, ipse nullo modo teneri poterat cũ illa prior obligatio cõmunis, nouata quoad omnes censeri debeat. Atq; insuper quia inter ipsos celebrata fuerat reciproca obligatio, qua omnes adinuicem confideiubentes se adstrinxerunt, quę hodie perempta est, respectu nouorũ fideiussorũ, cum quibus nihil actum est, & contra antiquos fideiussores facilis dabatur recursus, cũ omnes in regno habitassent, & licet hodie contra dict. nouos fideiussores cessis actionibus prius, competat actio pro his quæ insolidũ soluerit, propter difficilliorẽ excussionem periculũ, & iteneris expensas, iam in duriorem causam obligatus manebat, quã à principio cõtra regulã l. græce §. illud ff de fideiuss. beneficiũ enim cedendadarum actionũ de quo in l cum alter C. de fideiuss l. vt fideiussor 39. eod ibi vt fideiussor contra confideiussorem suũ agat actio danda non est, Euerardus conf. 1. nu. 1. & seqq. Bart in l. si stipulatus. §. 1. nu 3. ff. eod. Specul titu de cess actio §. 1. vers quod si debitor meus, Iacobus de Arena tit. de cess actio n. 70. vers item fideiussor, l. 11 tit. 12. part. 5. Difficilius competit contra fideiussores extraneos, quam cõtra regni incolas, quæ si à principio exposita forent, erat verosimile, ipsum non fideiussurum, quæ quidẽ causa cũ de nouo emerserit, non debet auxilio destitui, maxime cũ hæc omnia gesta sint facto ipsius creditoris, prout distinguit Bart. in d l. si stipulatus §. 1. n 3.

1 Ex qua hypothesi primo elicitur iudicem regni Castellæ non bene se gessisse, recipiẽdo fideiussores sprea forma requisitoriæ, cautio enim illa sistendi in iudicio & soluendi iudicata, non potest præstari extra prouinciam in qua causa agitatur, Ordin. libr. 1. titul 62. §. 38. sicque explicatur eadem Ord lib. 3. tit 25. in fin. princ. & attento iure communi probat. l. si

H fideiussor

fideiussor.§.si necessaria. ff. qui satisd. cogant,ibi in alia eiusdē prouinciæ ciuitate Bald.cōs.90.vol.1.Marsil.singul. 221. Pechius de iure sisten.c.13.nu.6.

2 Supposito tamen quod à partibus fideiussores acceptati extitere statim priorum fideiussorum obligatio soluta est,§.præterea instit.quibus modis tollitur oblig.vbi expresse dicitur, induci nouationem, si accedat fideiussor, idemque est si accedat pignus.l. fin. C.de nouatio.

3 Verum obstat quod in d.§ præterea probatur quod apud veteres requirebatur, vt constaret de animo nouandi vel quia exprimeretur,vel quia efficacibus probaretur coniecturis, & præsumptionibus, & cum addat illud emendatū per Iustinianū,aperte ostendit,correctum esse.ius antiqum,vt nō solum non sufficiat exprimere aliquid fieri animo nouandi, sed quod etiam exprimatur, partes velle, vt extincta prima actione,ex secūda agatur,sentit Rebuff 1.tom.titul de liter.requisitor. art.1.gloss 9 num.20.

4 Vnde licet olim saluari posset opinio gloss pen. in l.pen ff de prætorijs stipul. Cyn in l fin.C de nouatio. Imolæ in l.4.§ si ex conuentione ff.de re iud.Alexandri in l qui vsumfructū, nu.7.ff de verbor.obligat vbi Socin.8. eiusdem Alexand cons 13. nu.8. lib 2. & Dec.cons 400 nu 2.& Afflict.decis. 44.nu.5.& aliorum, qui sentiunt quod sufficiat ad inducendam nouationem quod ex consequentia verborum expressorum, voluntas colligatur, arg.l. prætor ait.§. 1. iunct. gloss verbo expressum,& ibi Angel ff.de noui oper. nuntiatio.tamen hodie ex reg l.fin.C. de nouatio cessant. d. præsumptiones elicitæ ex consequentijs verborū,cum expressa nouandi volūtas requiratur, ex Imol. in d l.1. num.4. & ibi Paulo eod. nu.4. Decio in l.lecta.nu.13 ff. si cert.petat,Ias.in l.1.ad fin.C de iudic.

5 Vnde fit quod si pro re iudicata accepti sint fideiussores,nulla inducitur nouatio prioris obligationis, sed adhuc superest actio iudicati, habens suam executionem paratam, extollit Anchar.cons 54.n.2. Rebuff. vbi sup. nu.22. ratio est quia quando id quod de nouo additur, est accessorium ad præcedentem obligationem, nunquā videtur inducta nouatio, cū id fiat, vt magis cautum sit creditori.

6 Ex quo nō debet summi præsūptio nouandi, ne tendat in creditoris damnum, probat tex. in l. si Stichū 8. §.idē Celsus ff.de nouatio, Alex.in d. §.si ex conuentione,n.6. Ias in d l.qui vsumfructum nu 3 ff.de verbor. oblig. ne inducta ad augmentum operentur diminutionem. l. legata inutiliter ff. adim. legat Soares l.postrem.1.notab. nu 2. Quare cum secundi fideiussores dati sint vt magis cautū sit creditori, nō est dicendū prioribus derogatum, nec respectu eorum nouatam reperiri obligationem,arg.l.si Titius 49. ff. de fideiuss Bart in l.pen n.5. ff.de prætor stipul & ibi Ias.nu 3.

7 Quibus nō obstantibus respectu priorū fideiussorum extinctā esse videbatur obligationem,quia in d.l.fin. tantū disponitur,ne detur nouatio collecta ex præsumptionibus á lege inductis,nō tamē tollit illas,quæ ex mente partium proueniunt,quia in his ex cōsequentia verborū si recte colligatur, partes intendisse nouare priorē obligationem, vtique sine dubio inducta censebitur, vnde illud sine dubio est quod d.l fin. dum requirit specialem expresśionem in nouatione,non procedit in contractibus incompatibilibus, qui semel stare nequeunt, l. si quis ante. ff. de acquir. posseſſ. Bald. in d. l. fin. num. 1. Decius in l.pacta nouisśima n.2. C. de pact.& cons 400. col.pen.ad fin. Vnde cū secundi fideiussores, dati sint,in locum priorum, implicat priores manere in eodē loco, cum subrogatis,cū illa secunda obligatio,

tio, semper fiat sub commemoratione prioris, cum noua stipulatione, ex quo semper nouationem induci necesse est, Bart. in l. penult. numer. 5. ff de re iudic. Paulus in d. §. si ex conuentione, numer. 4. Alex. 10. Ripa 7. & 18.

8 Ex quibus fit, quod licet acceptis fideiussoribus, non nouetur principalis actio, vt supra dixi illud intelligendum est respectu actionis principalis cui fideiussio accessoria est, non vero respectu obligationis fideiussoriæ, quia acceptis secundis fideiussoribus primi manent de obligati, ex Bart in dict. l penult. num. 5. ff de prætor. stipul. Alex ad eundem Bartol. ibi, Paulo in dict. §. si ex conuentione, Imol. in dict. l. penult. Menoch. libr. 3. præsumption. 134. num. 15.

9 Vnde dict. l fin. Cod. de noua non procedit in delegatione, in qua ius antiquum non reperitur correctum, ex Alex. in dict. l. qui vsumfructum 58. Ias. in l. singularia. ff. si cert. petat. numer. 37. & ibi Decius numer 26 Afflict decis 353. numer. 4. Rebuff. dict. gloss 9. numer. 21 quomodo autem fiat delegatio Surdus decis. 23. num. 3 quinque requirit Menoch d præsumptio. 134. num. 69.

10 Circa autem tertium confideiussorem, qui se pariter vinculo obligationis solutum asserebat, supposita sociorum liberatione non parum est dubij. Primo quia si ipse solus obligatus manet, videtur in duriorem causam adduci, quam à principio, contra reg. l græce. § illud. ff de fideiuss. mutatis qualitatibus contractus, quarum mutatione nouum ius constituitur, Surdus decis. 220 num. 36. Afflict. decis. 12. num. 5. quia conditio videtur inesse, si res in eadem causa maneat, l. cum quis 38. in fine. ff de solutio, & succedit reg. tex. in l. cum is 37. ff. de fideiuss, vbi quando actiones cedi non possunt à creditore, contra confideiussores datur fideiussori exceptio quæ competit si creditor aut nolit cedere, aut non possit quia fecerit (etiam citra dolum) ne posset, æqum enim est vt exceptione summoueatur, ne culpa creditoris in damno morentur ij, qui fidem suam (quam intercedendi potius, quam donandi animo pro alio obstrinxerunt) bona fide liberari parati sunt, quod sane contingeret, si nulla ipsis actio præstaretur argum. l. Stichum aut Pamphilum 95 § penult. ff. de solutio.

11 Cum potius imputari debeat creditori, cur suam actionem ad uersus alios cõfideiussores amiserit, alios subrogando loco priorum, ex quo inefficacem reddidit cessionẽ actionũ, cum scire deberet, æqum fore vt primos confideiussores non liberaret, vel omnes liberaret, cum inter eos consideretur quædam indiuiduitas & societas, quam soluere pro parte inciuile est, & per doli exceptionem summouebitur. l rem hæreditariam. 65 ff. de euictio, quæ loquitur de Correo, ibi, *per doli exceptionem actiones præstarentur*, Faber coniecturarum libr. 11. cap. 14.

12 Verum his non obstantibus, & alijs quæ adduci possent in contrariũ est veritas, si ad iuris fontes recurrimus secundum quod, quando plures fideiussores pro eodem debitore, & pro eadem summá intercedunt, singuli insolidum tenentur, siue id ita conueniant siue non, nec immutatum fuit ex noua constitutione Iustiniani in auth. hoc ita. C. de duob. reis, vbi diuisio inter correos constituta est, ne teneantur insolidũ explicat Donel. ad l. non recte. C de fideiuss. quia nõ procedit in fideiussoribus simplicibus, & illud iá antea Prætoribus placuisse testatur Paulus lib. 1. sentent titul. 20. non fuisse tamen in vsu. Quousque Adrianus suggerente æquitate diuisionem

uisionem induxit etiam inter fideiussores qui pro aliquo intercesissent (exceptis fideiussoribus tutorum ex l. fin. ff. rem pupil. saluam fore) cuius beneficij meminit l. inter fideiussores 26. & l. seq. ff. de fideiuss. l. vlt. C. const. pecu. §. si plures instit. de fideiuss. Hoc tamen beneficium datur duabus conditionibus, prima si omnes idonei sint & soluendo, quod spectatur tempore litis contestatæ, §. si plures instit. de fideiuss. l. inter 51. §. 1. ff. eod. & qui soluendo eo tempore non est cæteros onerat, d. §. si plures vnde si post litem contestatam, aliqui minus idonei effecti sint, tunc non tenentur reliqui, qui soluendo sunt, pro illa parte l. inter eos. § pen. ff. eod. facit l. 1. C. de diuid. tutella. Secunda cōditio est ne negent se fideiussores, alias diuisio illis non tribuitur, explicat Donellus de iure ciuili lib. 15. cap. 48. nu 30.

14 Vnde in dubium reuocatur an diuisioni sit locus, quando fideiussores insolidum accepti sunt, & à principio conuenit vt singuli insolidum teneantur, & videtur ex hac conuentione nihil immutari, á prima obligatione, imó exprimi eo modo quo à iure inest, fideiussores enim attento iure insolidum tenentur, & tamen gaudent diuisionis beneficio, nec ex eo quod se obligarunt fideiubēdo cēsendum est voluisse se posse conueniri insolidum, vt verba cū effectu accipienda sint, argum. l. pen. §. docere. ff. ne quis eum qui in ius vocat est, pungit Donellus ad d. l. non recte num. 7. Si tamen pactum sit vt insolidum cōueniri posint vt soluant censentur diuisionis beneficio renuntiasse, ne verba sint sine effectu, argum. l. quoties in actionibus. ff. de rebus dub. l. quoties in stipulationibus. ff. de verbor. obligat. l. pactum. ff. de pact. l. pen. C. eod. explicat Donellus dict. cap. 48. num. 50. vers. sed hæc, & in dict. l. non recte, nu. fin.

15 Quando autem aliquis ex fideiussoribus conuenitur á creditore insolidum, antequam soluat, debet petere vt sibi cedantur actiones, vel antequam soluat, vel in ipso actu soluendi, non vero ex interuallo, l. cum alter ff. de fideiuss. etsi hoc ita factum est cesis actionibus vti poterit, & ad hunc sensum reducenda sunt verba dict. l. cum alter in princip. ibi actio ei aduersus eum qui vna fideiusit non competit, quia scilicet non cesis actionibus soluerat, l. vt fideiussor. ff. de fideiuss. ne petatur cesio tempore quo obligatio extincta sit per solutionem, nec suppetat actio quæ cedi posit, licet Molineo placuerit ex interuallo posse cesiones exigi à creditore, quem eleganter confutat Faber coniectur. libr. 11. cap. 9. Et licet videatur quod eadem datur ratio etiamsi ante solutionem, vel tempore ipsius cesio petatur, cum postea sequta solutione prior obligatio extincta maneat, nec aliquid sit, quod iam cedi posit, tamen hoc casu receptum est, non videri peremptam solutione obligationem, imó in eo actu venditum debitoris nomen, illudque precium accipi solutionis nomine ab eo qui pro alio soluit coactus, quod remedij loco inductum videtur, l. fideiussoribus 17. l. cum is 6. ff. de fideiuss. argum. l. cum pupillū 21. ff. de tutel. ibi nominis precium solutum videtur.

16 Ex quibus omnibus illud superest videndum an si creditor acceptis pluribus fideiussoribus, vnum ex illis liberet, vel ex alia causa contingat liberari, aut exceptione pacti conuenti, de non petendo, vt in l. idem in duobus. ff. de pact. vel simili ratione, quia acceptis secundis fideiussoribus in locum priorum, nouata manserit priorum fideiussorum obligatio, an scilicet eo casu fideiussor iuuari posit doli exceptione, contra eum

cum ne soluere teneatur:

Competit enim fideiussori velcorreo conuento doli exceptio, contra creditorem, qui actiones non cedit, vel nõ potest cedere si facto suo eas amiserit, l.cum is 36.l.vt fideiussor 39 ff. de fideiuss.l.modestinus 76.ff.de solu. probat l. hæreditariam. 65. ff. de euictio. ibi, *Nec remedio locus esse videbatur vt per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit prastaretur*; ne igitur creditor contra pactum petat, vel ne bis exigat, vel ne dolo petat, cum actiones cedere non possit, doli exceptione sumouetur Faber.dict.libr.11. cap.13.

In quo articulo aduertendum semper est, quod fideiussorum obligatio quando pro vno debitore plures intercedunt, solum fit & contrahitur respectu creditoris, cui fideiussores ipsi obligantur, non vero inter se, quia inter eos nulla obligatio datur nec consistit, l.si plures.27.§.vlt ff de fideiuss. ex quo nascitur quod qui ex fideiussoribus solidum soluit nullo modo obligat sibi confideiussores, nec vlla illi fiet iniuria si actio illi cessa non sit, contra confideiussorem, quem ille sibi nunquam obligauit, atque ideo oportet vt à creditore actio cessa sit, vt ipse qui soluit agere possit contra alios, ex creditoris persona, qui vendidit cæterorum nomint.

Sed hoc ita accipi debet quando scilicet ipse illos fideiussores non liberauerit sponte, vel qualibet de causa, nec in hac liberatione considerari potest dolus cum nemini faciat iniuriam qui iure suo vtitur, l iniuriarum ff. de iniur. vnde si ex pacto de non petendo, fideiussorem liberauerit, in quinque quando duos habebat obligatos in viginti si postea ab altero integra 20. petat recte exceptione doli submouebitur, ne iam solutum exigat, sicque procedet tex. in l.si stipulatus.15.§.1. ff. de fideiuss.

At vero in ipsa liberatione vni ex confideiussoribus facta, alijs læsio nec damnum datur, cum ipsi teneantur insolidum creditori, qui potest suam obligationem minuere & deteriorem efficere, explicat eleganter Faber.d. lib.11.cap.15. cuius sunt verba, *Sed vt cogatur creditor vendere nomina quæ amplius non sint in rerum natura forte si cum debitore ipso fecerit pactum, de non petendo aut si alios confideiussores gratis vel aliquo accepto, liberauerit, aut quia vendere non potest, nomina quæ proprio facto amisit, propriam quoque amittat actionem, contra hunc qui non est liberatus nullibi certe scriptum reperies*: solum enim cogendus est creditor cedere, & dolo videtur facere non cedendo, quando saluat habet actiones, quas sine suo incommodo præstare potest, l. in creditoris 38. dict.l hæreditariam 65. ff. de euictio l.quæsitum. 30. § fin vero ff de pecul. Ergo si quid antea creditor fecerit, per quod actionem quam aduersus alios fideiussores habebat, amiserit, totum id inculpatum est, nec eo nomine quicquam ipsi imputare fideiussor potest, à quo solidum exigitur, sequitur Euerardus cons.1. per totum, & apud nos Ordinat. lib.4. titul. 60. §.4.

Quibus tamen non obstantibus Senatus censuit me reluctante quod sicut priores fideiussores, nouatione sublati erant, pariter & huius tertij fideiussoris obligatio manserat extincta, cuius opinionis fuere D. Ferdinandus Cabral Aluarus Velho sapientissimi Hieronymus Pimenta d'Abreu, olim Collegij D. Petri meritissimus collega, & iuris ciuilis in Academia Conimbricensi cum magna laude professor, & hodie in Senatu Portuensi Chancellarius, quem maiora expectant.

17 Quorũ patrũ doctissimorũ sententiam probare non potui cũ videam priores fideiussores nouatione sublatos

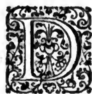
nam ex eo quod effecti erant non soluendo, præsens inopia actionem non
17 perimit, sed tantum in efficacem reddit. l. nam is 6. ff. de dolo, vnde si postea fiant soluẽdo cogentur fideiussoriæ obligationis periculum præstare, acsi cõtempore diuites essent quo creditori solui oportuit, explicat Faber. d cap 15. vers. quid enim, & ideo nisi dict. nouatio daretur vtique ipsi primi fideiussores effecti non soluendo, adhuc essent obligati, & contra ipsos qui modo diuites sunt, posset cedi actio, sed cum iam nouata sit omnino extincta est obligatio respectu eorum, non vero respectu tertij, vnde si inter
18 fideiussores pactum esset adiectum, vt adinuicem inter se obligati remanerent, quia tunc fiunt socij dum sibi adinuicem de indemnitate cauent, vt in auth. de duobus reis ratione societatis posset ille qui soluerit ex alijs percipere quod causa eorum soluerit, l. eandem. 9. ff. de duobus reis. l. si plures ff de fideiuss. l. 3. §. nunc de effectu ff. liber. legat. & extra hunc casum non succurritur fideiussori, contra alios,
19 qui solum contra debitorem pro quo intercesſit habet actionem mandati, si mandatum interuenit, sin minus negotiorum gestorum, l ex mandato 20. ff. mand. Faber. d. libr. 11. cap. 14. in fin. & cap. 15. Et hoc casu, etiamsi creditor nouet respectu vnius, accipiendo alium fideiussorem, non tamen nocebit conuentioni inter ipsos celebratæ, quæ omnia cogitare debuit fideiussor, quod si non fecit sibi imputet, arg l. si Titius. ff. de fideiussor. ibi, *Cum scire potuerit aut non ignorare mulierem frustra inter cedere*, facit l si quis domum. §. hic subiungi ff. locati, ibi, *hoc euenire posse prospicere debuit.*

20 Nec de tutoribus ad fideiussores debet fieri argumẽtatio quia inter fideiussores, nulla datur reciproca oblitio, vt supra dixi, & gratis se obligant, & voluntarie, at vero tutores coacti, & ex necessitate, & ideo oportuit, vt tanquam socij adinuicem tenerentur, inter se, adeo vt non cessa actione, vtili, aduersus contutorem agere possunt, ex l. 1. ff. de tutel. §. nunc tractemus, explicat idem Faber. libr. 11. cap. 11. Donelus de iure ciuili libr. 15. cap. 43. num. 10. quibus ne sit illis damnosum officium facilius succurritur, argum. l. videlicet 29. ff. ex quibus caus. maior, quæ quidem vtilis ideo ex æquitate accõmodatur, quia respicit fauorem pupilli, cui hac ratione cõsulitur, nam dum tutor intelligit, se actionem habere de parte eius quod soluit, aduersus contutores facilius solidum soluit pupillo, nec ipsi in solutione molestus erit, quæ ratio in confideiussoribus vel alijs quibuscunque creditoribus cessat pungit Donellus vbi supra num. 20. & in titulum. C. de duobus reis. cap. 13.



SVMMA.

SVMMARIA.

1 *Etentator vel is cui ex limitata causa res traditur non dicitur possidere.*
Si tamen ab ea facultate seu statu deijcitur illi succurritur. ibi.
Lex in odium spoliantis non admittit allegationem deffectus, tituli ibi.
2 *Iudicis officium non impartitur vt iniquitati faueat.*
Quando tempus præfigitur possessioni dies interpellat. ibi.
Addictio facta in re maioratus pro vita possessoris habet locationis vices. ibi.
3 *Expendens in re maioratus expensas à locatore non repetit.*
Interpretata l. si quis domum. §. hic subiungi. ff. locati. ibi.
Ille tex. non negat expensarum repetitionem sed solum prohibit ne ab hæredidus locatoris exigantur sed à maioratus possessore. ibi.

DECISIO XVIII.

An addictio facta creditori in bonis, seu redditibus maioratus, mortuo possessore duret ita vt apprehensa possessione à sequenti successore debeat creditor propter possessionem recipiendi contra successorem restitui; Ordinat. libr. 4. titul. 58.

VM Bernardinus d'Alte debita contraxisset, quidã Ludouicus Serrano contra eum sententiam obtinuit, pro cuius executione, ei addicti fuerunt redditus certæ proprietatis, & domus maioratui annexæ, vt ex ipsius redditibus sibi solueret, decursis iam aliquibus annis, diem clausit extremum dict. Bernardinus, antequam perfecte creditori solutum foret, Domina Maria da Sylua eius soror possessionem bonorum maioratus accepit tanquam legitima ipsius successor. Creditor adijt monaterio-tum iudicem, cuius ipse fori erat, petijtque vt ipse in sua possessione recipiendi seu leuandi fructus tueretur, expeditum fuit mandatum, cui dict. Domina Maria impedimenta obtulit, allegans ius addictionis finitum fuisse, morte possessoris, quæ cum fo-

cepta non fuissent, ad Senatum appellatum extitit, in qua hæsitatione varia dixere Senatores.

1 Primis enim patribus placuit ipsam non audiendam, donec creditor in suam possessionem reduceretur, à qua expulsus erat, incitatus & inauditus ex reg.tex. in l.si quis ad se fundum. C. ad legem Iuliam de vi.l. fin.C.si per vim, Valasc. consi.191. per tot Licet enim cui fænoculi vsus cõcessus est,vel alia habitatio, vel colligendorum fructuum causa, rem detinet, possidere non videatur, cum illã solam facultatem sit assequtus, vt respondit Decius conſ.355.nu.1.post Bart. & cæteros in l. Aquilius regulus. ff.de donatio. Si tamen ab ea facultate deijciatur vel spolietur,iudicis officio ad instar interdicti subleuandus est, Valasc.conſ.111.num.20. quia cum iudicis officium, ex æquitate procedat l.plane. ff.petit. hæred. Menoch.rem. vlt.recup. nu.3. eadem æquitate suggerente,ad varios casus porrigitur, vt colligitur ex cap. bonæ de appel cap. accedens 1. vt lite non contest. atque cuilibet detentatori passim conceditur, etiamsi non possideat, ex gloss. in l. & non tantum. ff. de petit. hæred. Bart in l.de vsu.ff.de varijs & extraordin.cogni. Bald.in l.ædem.C.locat. col.2.Ripa in cap.sæpe de rest.spoliat. num.17. Corras in §. nihil commune 2.part num.127. Plotus in l.si quando C.vnde vi, Maranta de ord. iudic.7. distinct.nu.35. Natta consi.563.nu.27. & procedere in eo qui recipit annuos redditus dixit Bart. in l.cottem ferro §.qui maximos.ff.de publican.Alciat. responſ.426.num.2. Nec obijci potest agenti,tituli deffectus, ex Oldra.conſ. 206. vers. ad secundam quæstionem, Alex. conſ.99. num.9. libr. 5. Couar. pract.cap.23.num.4. Menoch. remed. vlt.recup.num.32. vel etiam iuris præsumptionem esse contra agentem, Gabriel, Sarai. in addit, ad notabilia Mathesil. notab. 28. num.3. Menoch. vbi supra num. 33. ratio est quia lex in odium spoliantis, nõ admittit allegationem huiusmodi, vel aliam quæ concernat deffectum tituli, vel malam fidem arguat, quia fingit spoliatum, quoad illud esse legitimum possessorem, & vt talem omnia reponenda decernit, Bald Salycet. & alij in l.1 in fine.ff.fam hercisc. Duar.in l.si alienã post princip.ff solut.matrimon.

2 Verum hoc casu iudicis officiũ impartiri non posse suadetur, quia cũ illud ex æquitate procedat, non debet cum iniquitate concedi, ne ex iudicis officio ex quo æquitas dimanat, iniquitas profluat, argum. l.meminerint C.vnde vi, constat enim quod illa detentatio habet cursum limitatum & restrictum ad vitam vsufructuarij seu possessoris, vnde dies ipse interpellat argum. l.magnam. C contrah vel cõmittend. stipul. adeo vt extincta maneat omnino causa ex qua possidebatur. l. lex vectigali. ff. de pignor ibi pignoris ius euanuisse Cabed decis. 134 num.1 l.1.& 2.C si pignus pignori datum sit,ibi quandiu in causa pignoris manet eius qui dedit Barbosa in l. vsufructu num.28. ff solut.matrimon. Afflict.quæst 392.num.28. vbi inquit quod extincto titulo extinguitur etiã possessio, Caldas Pereira de renoua. quæst.17.num.8. & quæst. 10. num. 8. & 10. faciunt quæ Tiraq le mort 7.p. declarat.1.num.4. Valasc.de iure emphyt. quæst.18. num.8. Ius enim vsufructuarij separatum est à iure successoris, Vlpianus in l. si quis § hic subiungi. ff. locati cogitare enim debuit creditor illud ita accidere posse, vt Vlpianus in eo tex. dicit,ibi quia hoc euenire posse prospicere debuit. Illa enim fructuum addictio durante possessore creditori in maioratu facta, subit locationis vices,& censetur quædam fructuum quottanis recipiendorum successiua conductio, ex Ordin.

lib.3.

lib.3.titul 53.§.1. quæ in similibus casibus bona capellarum quæ eodem modo ac maioratuum administrantur, iubet vt publice locentur, & ex fructibus creditoribus soluatur, ibi, *quando a condenação proceder da diuida ou obrigação do senhor ou administrador do morgado ou capella, & não do instituidor não se poderão os bens do morgado ou capella arrematar, nem vender, mas arrendarsehão somente em cada hum anno*; vnde talis addictio potius locatio censeri debet vt partes censeantur fecisse ea quæ poterant.

3 Hicque est casus in quo similes conductores amittunt expensas factas in re maioratus, ex tex. in d § hic subiungi § idem quærit, ibi, *idem quærit si sumptus fecit in fundum quasi quinquennio fruiturus an recipiat*? & ait non receptu rum quia hoc euenire posse prospicere debuit &c. Obstat tamen quod videtur alienum ab Vlpiani mente, qui æquitatem semper amplectitur, sic inique sentire, vt conductor meliorationes amittat, cum secundum iuris principia, ille qui impendit in re restitutioni subiecta, meliorationes suas deducere posit, per tex. in l. domos. ff. de leg. 1. l. vbi pure 19. §. fin. ff ad Trebell. l. diuortio §. fin. ff. solut. matrim. Valasc. cons. 25. num. 26. Gama decis. 354. Garcia de expens. cap. 23. nu. 54. Ordin. libr. 4. titul. 54. § 1. vbi Barbos. 1. part. num. 48. receptum testatur Pinel. in l. 1. de bon. mater. 2. part. nu. 72. vers. nec omitto idem Valasc. de iure emphyt. quæst. 15. num. 19 Molin. libr. 1. cap. 26. num 14. Garcia de expensis cap. 16. à princip. quapropter hic tex. varie intelligitur à Conan. lib. 7. iuris ciuilis cap. 11. num. 21. Corneo cons. 56. num. 4. libr. 1. Cæpola in l. impensæ num. 4. ff. de verbor. signi. & alijs quos Garcia reprobat, vbi supra numer. 17. Verus igitur sensus est, quod ille tex. non negat expensarum repetitionem, & ipsius rei retentionem, ne alias nouus successor locupletetur cũ aliena iactura, quia hoc esset cõtra apertã iura: sed tantum dubitat, an ab hæredibus locatoris qui ad quinquennium locauit, an à nouo successore repeti debeant, & respõdet quod finita locatione ante tempus, morte vsufructuarij, non potest conductor agere contrã ipsius hæredes, vt sibi soluant impensas actione locati, quia cũ locator locã uerit tanquam vsufructuarius, & eius mõrte finiri debuisset vsusfructus §. finitur instit de vsufructu, rationi repugnat vt hæredes locatoris teneantur pro expensis quæ transeunt ad successorem in maioratu, vel fideicommisso, contra quem non negat tex. repetitionem, vel retentionem, qui intellectus suadetur ex quæstionibus præcedentibus, in textu propositis, & ex sequenti quæstione vbi quærit an teneantur hæredes quando locator non tanquam vsufructuarius, sed tanquam rei dominus locauit, in qua dicit hæredes locatoris ex dolo teneri, Molin. lib. 1 cap. 21. nu. 8. Garcia de expensis d cap. 14. ex nu. 2.

Cum igitur in proposito cõductor nullas meliorationes factas in re conducta alleget pro quibus retentioni locus esse posset ex titulo limitato, nõ debet in futurum tueri contra legitimum successorem, cum lex ipsa conductionis sit, vt finito tẽpore res libere dimittatur, Ordin. lib. 4. titul. 54. § 3. Imó si statim liberam domino non dimittat, incidit in pœnas de quibus in l. conductores C. locati. l. non abs re. ff. vnde vi, Menoch. recuper. remed 11. nu. 1. Valasc. cons. 42. nu 4.

Ex quibus cõclusimus Actorem nõ restituendũ quãdo ipse nõ allegabat in re cõducta impendisse argumẽto eorũ quæ Valas cõs. 111. n 21. vbi vxorem nõ restituit etiã allegatis meliorationib⁹ quando successor iuratam æstimationem impensarũ deponit sic sententia scripta fuit. Scriba Quintal.

SVMMA.

SVMMARIA.

1 Implici nullitati senatus defferre non consuevit.
Filij ad causam bonorũ aduentitiorum necessario sunt citandi. ibi.
Interpretata l.fin.§.vbi autem.C. de bon.quæ liber.
Filij debent audiri contra parentum iniquas alienationes.ibi.
Melius est in tempore occurrere quam post vulneratam causam remedium quærere.ibi.
Ponderatur Ordin. lib.4. tit.48. §.2. vbi vxori permittitur venire cõtra factũ mariti alienantis.ibi.
Filio agenti contra alienationem parentis iudex tenetur consensum accommodare.ibi.

2 Filijs in vita patris agendi facultas non adimitur.
Exploditur Azonis sententia sententis filium non posse in vita patris conqueri de ipsius alienatione.ibi.

3 Facilius quis admittitur ad litigandum quam ad alienandum.
Minores qui alienare nequeunt tamen super bonis suis litigant.ibi.
Ponderatur Ordin. libr.3. titul. 47.§.5.
Iudex non supplet vxoris consensum in alienando standi vero in iudicio supplet.ibi.
Pater valide alienat bona filiorum ex causa legitima, & sine fraude. ibi.
Patri actiue & passiue facultas agendi competit.

4 Bartoli opinio in iudicando sequenda est.
Parentes de rebus filiorum magis solliciti sunt.ibi.

5 Quando agitur de solo patris præiudicio omnes concordant filiorum consensum requiri.
Interpretatur tex. in l.fin. §.vbi autem.C.de bon.quæ liber.

6 Differentia constituenda est inter bona materna, & alia aduentitia filijs acquisita.
In maternis parentes maiori fruuntur potestate licet æquali vsufructu.ibi.
In bonis maternis duo tempora consideranda, vel ante partitiones, vel post. ibi.

7 Priori casu patri permissa est alienatio.

8 Si perfecta partitione pater alienat filij reuocant alienata.

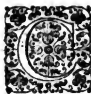
9 Si diuisio alicuius rei hæreditariæ petatur solus parens citari oportet.

10 In aduentitijs ex alijs causis obuenientibus filij citandi sunt.

DECI-

DECISIO XIX.

An pater legitimus filiorum administrator, in aduentitijs possit sine filiorum consensu stare in iudicio, vt filijs praeiudicet, ad Ordinat. lib. 3. titul. 47. §. fin. & titul. 63. §. 4.



VM pater mortua vxore filios haberet in potestate intra 20 annum ætatis constitutos, & conueniretur in iudicio pro certa parte bonorum, lataque fuisset contra ipsum sententia in fauorem cuiusdam Gondiçali Rebello tempore quo ipse huius sententiæ executionem petebat, accesserunt filij, & proprio nomine nullitatem processus & sententiæ, arguebant, eo quod ipsi citati non fuerant, cum de eorum ageretur præiudicio, & de bonis aduentitijs, sibi ex parte matris obuenientibus, contra quos cum sententia prolata esset ad Senatum appellatio delata est. Quam D. Didacus de Brito per doctissimam deliberationem censuit reuocandam, quia licet Senatus non soleat simplicibus nullitatibus deffetre ex his quæ per Valasc. de partitio cap. 39. nu. 72. Ordin. lib. 3 titul. 63. similis l. 10. titul. 17. libr. 4. nouæ recopil. vbi Azeued. num. 57. Guilelmus verbo si absque liberis titulo de fideicommiss. substit. num. 49. ad fin.

1 Tamen hæc praxis non obtinet nisi quando simplex nullitas allegatur, nuda & sine effectu iustitiæ, non admixta aliqua læsione, vel damno, quod reparandum sit per sententiam, tunc enim allegata tali nullitate damnum resarciri oportet, vnde fit quod cum attento iure filij essent citandi, ad causam ex tex. ad id expresso in l. fin. §. vbi autem. C. de bon quæ liber. ibi, *Adhibeatur autem filiorum consensus nisi adhuc in prima ætate sint constituti*; quæ prima ætas vsque ad pubertatem extenditur ex Valasc. de partitio cap. 7. num. 40. & 41. Cum ergo filij in præsenti essent puberes sine eorum citatione iudicium agitari nō potuit ex eod. Valasc num. 42. & 43. vtique hac citatione admissa, insanabilis insurgit nullitas, vt de læsionibus deductis in impedimentis cognosci debeat, alias enim apperiretur, maxima fraudibus occasio, si parentes filijs non vocatis iudicia subirent, super aduentitijs filiorum, in quibus illis non parum nocere possent. Cum igitur aduentitiorum alienatio, parentibus interdicta sit, ex l. 1. C. de bon. matern. ideo filijs licet contra tales insurgere alienationes, easque infringere, prosequitur Pinel. in dict. l. 1. 3. part num. 74. aliquando enim parentes vel instagationibus aliorum, vel propria iniquitate, etiam in filios fraudolose versantur, ideoque æquitas non patitur vt statim non audiri valeant, filij contra parentum iniquas alienationes, ex reg. l. Imperator ff. ad Trebell. vbi filius admittitur in defensionem spei etiam non habens adhuc dominium, à fortiori ergo in aduentitijs, in quibus iam dominium habet, cum oporteat potius in tempore occurrere, ne mortuo patre alienante filius fiat ipsius hæres, & impediatur ius suum pro-

prosequi, ex his quæ late Valasc. cons. 69. n. 7. Barbosa in l. si cum dotem § si pater n. 32. ff. sol. mat. Molin. Theolog. 2. tom. disputat. 22. Gama decis. 33. & ideo in vita admittitur ex Bald. in l. fin. §. in computatione C de iure deliber. num. 7. idem Pinel. in dict. l. 1. num. 74. & in auth. nisi nu 44. idem Valasc. dict cons. 69. num. 16 pro qua opinione facit Ordin. libr. 4. titul. 48. §. 2. qua indulgetur vxori posse venire contra alienationem, nulliter à marito factam, cui agenti maritus cōsensum præstare compellitur, & Ord. libr. 4. titul. 12. vbi filio negante consensum alienationi patris, in alium filium; iudex præstat authoritatem, & consensum supplet, sic ergo idem iudex agenti filio pro nullitate alienationis, ipse consensum præstabit, filiūque reddet habilem ad agendum, nec aliud probat d. l. 1. C. de bon. matern. dum in fauorem filiorum introducit, ne contra illos currat præscriptio in vita patris alienantis, in simili textus in cap. sacerdotes. 12. quæst. 4. & 12. q. 2. cap. placuit. §. item si, Abbas in c. cum non liceat numer. 7. de præscriptio, Guido quæst. 150. & 152. Rodoanus de rebus ecclesiæ quæst 2. cap. 3 n 5.

2 Quia non ex hoc à contrario bene sequitur, quod interim illis agēdi denegatur facultas, ad tex. autē in auth de nuptijs. § sed quod sancitum, & in l. 1. C. de Annali exceptione vbi expressius filijs agendi, in vita parentum facultas adimitur, vltra ea quę Pinel. in auth. nisi, à nu. 45. respondetur, illa iura procedere regulariter, & de iure ordinario secundum quod filio standi in iudicio cum patre non datur licentia, nec facultas, l. cum oportet. C. de bonis quæ liber. l. filiusfam ff. de actio & obligatio. Non tamen procedunt quando filius authoritate prætoris, contra alienationem insurgeret, causa cognita prætore authore, vel implorato ipsius officio, vt pater consensum præstet, vel illo ipsius consensum supplente, arg. Ordin. lib. 3. tit. 47. §. fin. & titul. 63. §. 4. vel si ad Principem recurritur iuxta Ordin. lib 4. titul. 48. §. 2. ex quibus explodi debet Azonis sentētia in rubr. de bon. mater. quem sequuntur Doctores communiter, in l. præses. C. de transactio, & Crotti in l. frater à fratre ff. cōdict. indebit. num. 54. Bertrand. lib. 2. cons. 84. nu 7. & 8. vbi habent quod filius non potest conquæri de parentis alienatione, nec contradicere quos multis confutat Pinel. in dict. l. 1. 3. part. à num. 21. & seqq. Vnde videbatur dicendum quod sicut pater alienare nequit filiorum bona, sic pariter super illis stare in iudicio non potest, arg. Ordin. libr. 3 titul. 47. vbi marito denegatur facultas standi in iudicio sine vxore quia ijdem sine ea non licet alienare vt libr. 4 titul 48. facit Ord. libr. 3. titul. 41. §. 8. vbi puberis requiritur mandatum ad litem.

3 Verum inter alia dicebam sententiam sustinendam fore quoniā notissimi iuris est facilius quem admitti ad litigandum quam ad alienandum, scimus enim ecclesiam minores, & similes qui sine decreto aut simili solemnitate bona sua distrahere non valent, vt per tot. titulum. ff. de rebus eorum, & in titulo de rebus eccles. Posse nihilominus super illis litigare, & in iudicio stare, qua etiam ratione is qui vxorem duxit, & ætatis veniam impetrauit, licet nequeat immobilia alienare, Ordinat. libr. 3. titul. 42. § 2. tamen in iudicio stare potest ex ead. Ordin. libr. 3 titul. 42. §. 3. vnde patet de iure nostro facilius standi in iudicio quam alienandi facultatem concedi, & comprobatur ex Ordinat. libr. 3. titul. 47. § 5. quatenus soli vxori permittit facultatem standi in iudicio, super immobilibus, cui tamen distrahendi omnino facultatem denegat, sine marito, qua differentia retenta.

pater,

patet, qua ratione non liceat iudici consensum vxoris supplere, ad alienandum, standi vero in iudicio sic, vt per Ordinationem libr. 4. d. titul. 47. § fin. quia scilicet non tam nociua est iudicialis contentio, quam est ipsa alienatio, ergo cum patri commissa sit potestas administrandi bona filiorũ, imó & illi liceat sine fraude ex causa legitima talia bona alienare, ex Roland cons. 78. num. 20. libr. 1. Bald in l. iubemus. Cod. ad Trebell. vers. item fallit Salycet. in l. filium quem habentem. Cod. de famil hercisc. numer. 11. Decius cons. 236. quos citat Valasc d. cons. 69. num. 27. adeo vt non data fraude consilio vel re, teneat alienatio, & fuit sententia Azon. in summa C. de bon. quæ liber. num. 11. communem dicit Afflict. d. Neapo 393. nu 5. Couar. libr 1. resolu. cap 8. numer 6. Gutierr. de tutel. 2 part. cap. 5. nu. 22. vbi securius tamen dicit quod adhibeatur iudicis authoritas, & esse de iure Regio Lusitano contra Azonem quam tamen legem Regiam non reperi, quia lex Regia lib. 1 titul. 87 agit de orbatis parente, & merito ijdẽ patri indulgetur potestas standi in iudicio, pro defensione bonorum filiorum, vel talia sint quæ adhuc diuisa non sint, vel etiam si filijs iam sint acquisita, quia aliunde quam ex causa legitimæ obuenerint, quam sentẽtiam comprobare videtur tex. in l. 1. Cod. de bon. mater. vers. parentes, ibi, *Per se vel pro- procuratorem poscere*, & ibi, *litem inferentibus resistere*, & ibi, *omnia agere tanquam solidum, & perfectum dominium eis acquisitum fuisset*, verba sunt Imperatoris quibus manifeste probatur, patri actiue & passiue facultatem agendi concessam esse, quia licet non dominus insolidum nec perfectum dominium habeat quia imperfecte dominus est, idest pro parte, tamen quoad hoc pro perfecte domino habetur, atque illud verbũ tanquã improprietatem denotat voluit Bart. in d. l. 1. num. 1. Bald. 8. Paul. num. 2. dicit communem Imol. num. 3. in l. fin. §. pupillus. ff. verbor. oblig. Aret. num. 5. Pinel. d. l. 1. 2. part. num. 66. cuius meminit Mench. de successio. creat § 6 col. penult. licet in contrarium citet plures per d. l fin. §. vbi autem. Cod. de bon. quæ liber ibi, *Adhibeatur autem & filiorum consensus nisi adhuc in prima ætate sint constituti*, quæ fuit etiam opinio Innocentij in cap. accedens de procurator quam sequitur Valasc. de partitio. capit. 7. num. 38.

4 Quorum opinio in hoc regno cessat, cum vltra tex. in dict l. 1. pro hac parte sit Bartoli opinio, quam in iudicando sequi oportet, ex Ordin. lib. 3 tit 64. §. 1. eo maxime quia æquior est Reique publicæ magis cõueniens, teste Pinel. dict. loco vers. vnde; tum etiam quia remota fraude, quæ semper videtur abesse in patre, respectu filiorum, superuacaneus videtur filij iuuenis consensus, tam in prima quã in adulta, & maiori ætate, cum parentes, de rebus filiorum magis solliciti sint, & illis maiori cura inuigilent, in quibus etiam eorum vertitur præiudicium, & ideo innutilis videtur filiorum consensus, vt ex Angel. Paul. & Fulg probat Pinel. ibi vers illud, vbi citat bonum tex. in l. si cum dotem §. eo autem tempore in fin. ff. solut. matrimon. ibi, *An omnino consentire filiam decet*, & ibi, *filia leuis mulier vel admodum iuuenis potius patri acquiescere prætorem oportet*.

5 Quando autem solum ageretur do solo iure patris, concernente ipsius vsumfructum, omnes concordant nõ exigi filij consensum, ne pater in suo vsufructu deterioris sit conditionis, quam quilibet alius extraneus, ita plures referens probat Pinel. vbi sup. vers. in eodem, idemque erit in qualibet causa super possessione quia vsusfructus possessionem concernit, quam

solus vsufructuarius potest defendere, vt in l. 1. §. fin. vbi notant omnes ff de noui oper. sed non solum his casibus, sed in omni causarum specie, patrem sine filio agere, iudicatum testatur Cabed. decis. 197. numer. 13. citato Bart. in dict. l fin. §. pupillus ff. de verborum, Angel. in princ. instit. de tutel. num. 2. late Azeuedo l. 10 tit. 17. lib. 4. nouæ collect. nu. 6.

6 Nec retenta hac opinione obstant quæ in cōtrarium ponderabam, nam tex. in dict. l. fin. §. vbi autem. C. de bon quæ liber. alio tendit, quam à Pinel. Valasc. & alijs ponderari solet, pro cuius perfecta intelligencia, notandum est quod circa bona filiorum in quibus patri vsusfructus quæritur, differentia est constituenda, inter bona materna quæ filijs per matris obitum debentur, & inter alia bona aduentitia, quæ ex alijs causis filijsfam. acquiruntur, vt inquit tex. in l. cum oportet. Cod. de bonis quæ liber. ibi, *quemadmodum in maternis bonis, &c.* & ibi, *ita & in his quæ ex alijs causis filijs acquiruntur, &c.* vt scilicet circa bona materna parentes ampliori fruantur administratione licet æquali vsufructu, nam cum bona materna quæ soluto matrimonio ad filios ratione suæ legitimæ defferuntur, fuerint in potestate patris, & in ipsius dominio constante matrimonio, adhuc eo soluto apud parentem resident, iure proprio continuata eadem causa & possessione, licet ipse teneatur ex ijsdē bonis maternis, filijs suas legitimas impartiri, vnde fit quod in his bonis maternis duo tempora obseruari posiint, primum quod est ante partitiones factas cum liberis, & hæredibus vxoris, vel illis iam solemniter factis.

7 Primo casu adeo, pater apud quem illa bona resident, habetur illorum bonorum dominus, ob antiqui dominij vestigium, vt illi liceat ad libitum corpora ex hæreditate alienare, & quidem valide licet postea computare teneatur ad imaginem hæredis cui debetur Trebellianica, qui si vendit aliquā rem hæreditariam cōputat illam in suam Trebellianicam, etiam inuitis legatarijs, vel fideicommissarijs, l Marcellus § res quæ. ff. ad Trebell Ripa in l. in quartam nu. 105. si autem æs alienum vrgeat, & fraus absit licite, corpora alienare potest, iudexque talem alienationem ratam habere debet, Valasc. dict. capit. 69. nu. 27. in fin.

8 Quando autē iam partitiones factæ sint, quia filij expedita partitionis charta, domini efficiuntur, ex §. fin. instit. de offic iudic. Valasc de partitio cap. 2. n 5. Ord. lib. 4. tit. 96. §. 22. si pater ad alienandum accedat liberi alienata reuocant, ex l. 1. Cod de bon. mater. & quæ ex Pinel. & Valasc. supra diximus.

9 Vnde vel ante partitiones vel post si aliqua res diuidēda inter omnes, à tertio petatur, solųs pater pulsari debet, vt ipse litem suscipiat, ac defendat, non vero filij etiamsi puberes iam sint, ratio est, quia ante partitiones ipse dominus in communi est, & ipse legitimus defensor, ex d. l. 1. ibi, *& litem inferentibus resistere, atque ita omnia agere tanquam solidum perfectumque dominium eis acquisitum fuisset, & personam gerant legitimam*; post partitiones vero idem dicendum est, quia cum apud parentem bona resideant, ratione vsusfructus si aliqua pars illorum bonorum petitur, solus pater est ligitimus defensor, quia si reseuincitur, ab hæreditate nouæ partitiones faciendæ sunt, vt omnes maneant æquales, & filijs est vtile, vt solus pater defendat, nomine communi causam, cum vnum & commune periculum omnium sit, & ne cogatur filius cui illa res assignata fuit, ex suo litem suscipere, cum magis illa ab omnibus sit obeunda, cū antiquiorem causam habuisset,

habuisset & ante partitiones extaret ex his causis eleganter Constantinus in dict. l. 1. his casibus ad solum parentem litem suscipere spectare decernit, vt litis expensæ ab ipsius etiam vsufructu deducantur.

10 Quod tamen non ita se habet in aduentitijs, ex diuersis causis, obuenientibus in quibus, filijs statim proprietas acquiritur, eodem tempore quo parenti vsusfructus, atque ideo merito in dict. l. fin. Cod. de bon. quæ liber. §. vbi autem, Iustinianus explicans ea quæ disposuerat, in dict. l. cum oportet illius tituli, disponit quod quando pater & filius concurrant in additione hæreditatis, aliunde obuenientis, tunc si lis superueniat filij puberes citandi sint, ad causam quia ipsi vere domini sunt, nec illa ampla administratio parenti competit ac in bonis maternis, in quibus longe dispar ratio versatur, nec vlla intercessit additio, sicque apparet quædam explanatio ad ea quæ Valasc. dict. cap. 7. num. 41. circa §. vbi autem, vbi non bene videtur adduxisse Ordinat. libr. 3. titul. 41. §. 8. eam applicans filijs in potestate, cum loquatur de minori patria potestate soluto cum ibi agat de curatore ipsius, quem habere non potest filius, qui sub sacris paternis constitutus est, patet ibi, *seja citado seu tutor se o tiuer*, & ibi, *& seu curador se o tiuer*, quæ omnia non conueniunt filiosfam. apud patrem viuente sicut aliàs Ordinat. libr. 3. titul. 42. § 2. agit de filio soluto à potestate, patris naturalis qui non tutor nec curator constituitur filiorum quorum ipse est legitimus administrator, nec illi possunt applicari quæ de tutoribus disponuntur per Ordinat. libr. 1. titul. 87. § 23. Atque ex his cæteræ difficultates diluuntur vnus tamen est casus in quo pater filiorum tutor esse potest quando illum emancipauerit, quia tunc ex legis dispositione tutor est impuberis emancipati §. præterea instit. quibus mod. ius patr. & eo casu retinet dimidium vsusfructus. l. iubemus. Cod. de emancip. liber. l. cum oportet. §. cum autem. C de bon. quæ liber. l. 15 titul. 18. part. 4. Gomes in l. 48. Taur. nu. 6. Gutierr. de tutel. part. 3. cap. 4. num. 4.

Ex quibus cum in præsenti tertius ageret contra patrem rei vindicatione, ratione cuiusdam corporis hæreditarij ad ipsum spectabat legitima causæ defensio, super maternis enim bonis, filij vocandi non sunt, etiamsi puberes existant, licet in aduentitijs ex alijs causis seruari possit decisio dict. §. vbi autem, atque ex his fundamentis sic senatui placuit. Scriba Quintal.



SVMMARIA.

1 *SI post sententiam fiat transactio executio nouata censetur non vero sententia.*

Nouandi præsumptio non sumitur cum præiudicio creditoris.

2 *Prorogato termino debitori fideiussores non tenentur saltem ope exceptionis.*

3 *Prorogato termino fideiussores nō de obligari.*

Interpretata l. si cum hermes.C. locati.ibi.

Interpretat. l.vlt.ff. de prætor sti-pul.ibi.

4 *Fideiussor simpliciter datus omni tempore tenetur.*

DECISIO XX.

An prorogato termino ad soluendum principali debitori, expiret fideiussoris obligatio, ad Ord.lib.4.tit.59.

ACceptis mutuo 600ɥ.nū-mis à Frācisco da Rocha, Dominus Ioannes de Vasconcellos, pariterq; eius filius D. Alphonsus de Vasconcellos, se obligarunt tanquam duo Rei & principales debitores, vt ab vtroque & ab altero prout creditor malet, pecuniam exigere posset, cum statuto tempore solutum non esset creditori, contra D. Ioannem sententiam Franciscus obtinuit, illamque mandauit executioni, qua sibi addicti fuerunt redditus, annui seu panes ciuiles, ipsius debitoris, vt illos possideret tribus annis continuis vt ex præstatione illorum annorum sibi solueretur, salua rei proprietate. Perfecta hac addictione de nouo conuenerunt vt creditor ab addictione destitisset, eo pacto vt intra annum perfecte illi soluatur, sin minus sententia in suo robore permaneret, non nouata, vt debitæ mandari valeat executioni, transactis iam duobus annis creditor se liberalem debitori exhibens, de nouo mandatum dedit, vt ipse illos redditus pro tertio anno, & alijs vlterioribus recipere posset, eo tamen addito vt sua sententia nouata nullatenus remaneret.

Obijt dict. D. Ioannes de Vasconcellos. Petijt creditor à filio, correo fideiussore, & principali debitore, solutionem, quam ipse recusauit, eo quod ex vltimo contractu in quo ipse non intercesserat, patri longius tempus esset assignatum á creditore, & remissi redditus ex quibus ipse sibi soluere posset, quare non poterat amplius teneri, cum facto suo creditor se tali solutione priuasset, in quem casum ipse obligatus non existebat.

Præses

Præses Curialis Reum in totum absoluit. in Senatu aliter iudicatũ fuit, nã D Hieronymus Pimenta d'Abreu vir peritissimus in cuius manus causa incidit, sensit in prioribus duobus annis Reum condemnandũ, & à tertio absoluendum, respectu cuius creditor debitum suum remisit, quando iam dominus per addictionem effectus erat, imó cũ in illo vltimo anno, *elle hia na folha do assentamento para receber a tença em lugar do ditto Dom Ioão*; ex quo iam erat verus dominus effectus; per adiudicationem pignoris, ex Bald. in auth. & qui iurat. C. de bon. author. iud possid & in cap. quoniam frequenter. §. vlt. in fine, vt lit non contestat. Tiraq de retract lignag § 1. gloss. 14. nu 13. Cui sententiæ accessit Franciscus de Brito & Meneses, nostri Collegij literis & moribus ornamentum quẽ fæliciter Senatus possidet, & episcopales expectant infulæ, ex eo fundamento quia illa vltimi anni remissio, non potest dici debiti prorogatio, quia prorogatio est eiusdem rei, quæ adhuc est extensio, l. sed si manente. ff. de precario, vnde cum extensio facta fuerit, quando iam illi solutũ erat, potius dici debet noua cõcessio, quam temporis prorogatio, qua filius nullo modo teneri potest, qui in tali contractu non intercessit.

1 Petita fuit reuisio in qua deliberans concedendam dixi ex sequentibus fundamentis: quia licet executio iam facta nouata censeri debeat, si post eam perfectam creditor rem iterum liberam debitori dimittat. quia per transactionem inducitur nouatio ex Bald. in rubric. de transact. ad fin. Gozadin. consil. 38. Ronchegal in l. 3. num. 19. ff. de duob. reis, quos citat Menoch. libr 3. præsumpt. 134. nu. 42. tamen ipsa sententia principalis nunquam nouata censeri debet, sicut de iure non nouatur acceptis pignoribus, vel fideiussoribus, quia semper salua manet, iudicati actio cum sua executione parata, sicut antea ex Rebuff. 1. tom. ad leges Gal. titul. de liter. obligator art. 1. gloss. 9. num. 22. ex ea ratione quia illud quod de nouo additur, est accessorium principali obligationi, quæ nunquam censetur nouata, quia illud fit vt magis sit cautum creditori, ex Bart. in l. 4. §. si ex conuentione. ff. de re iudic. num. 2. nec sumitur nouandi præsumptio, quæ in creditoris damnum fieret, colligit Paulus ibi num 3. Soares l post rem. 1 notabil. num. 2. ff. de re iudic. Alciat. in l creditor nu. 2. in princip. ff. si cert petat. receptum dicit Ripa in cap inter cæteras, num. 70. de rescript. Negus. de pignor. 1. memb. 5 part. à nu. 6.

2 Sicut alias pariter dubitari cõsueuit, an prorogato tempore debitori respectu fideiussorum, pariter nouata censeri debeat prior obligatio, pro tempore prorogato, & non teneri fideiussores probat tex. in l. si cum hermes. C. locati, Ias. in l. lecta. num 9. ff si cert. petat. saltem ope exceptionis, ex l. pen. ff. de pretor stipul vbi Bart. num 4 prosequitur Fachin. libr. 2. cap. 88. & fuit Specul. in titul. de fideiuss. §. 1. vers. nec illud autem quæritur, Felin in cap. de causis de offic. deleg. col. 3. Nata consil. 202. num 6. pro quo expenditur tex. in l. item quæritur. §. qui impleto. ff. locati, ibi, *Si non alius pro eo in priori obligatione res obligauerat eius enim nouus consensus erit necessarius*; deinde facit regul dict. l. si cum hermes C. locati, ibi, *Non oportere te de posterioris temporis periculo adstringi competens iudex non ignorabit.*

3 Verum contrarium quod prorogato tempore fideiussores non maneant de obligati tenuit Rotta decis. 859 in antiquis, & consuluit Socin. cons. 21. à num. 10. libr. 1. Iason in l. 1. C de iudic. Decius in d l. lecta. nu 13. ff. si cert. petat. Gomez variar. resol. lib. 2. cap. 13. num. 19. Couar. in rub. de

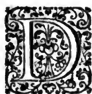
nam ex eo quod effecti erant non soluendo, præsens inopia actionem non
17 perimit, sed tantum in efficacem reddit. l. nam is 6. ff. de dolo, vnde si postea fiant soluẽdo cogentur fideiussoriæ obligationis periculum præstare, acsi eõtempore diuites essent quo creditori solui oportuit, explicat Faber. d cap. 15. vers. quid enim, & ideo nisi dict. nouatio daretur vtique ipsi primi fideiussores effecti non soluendo, adhuc essent obligati, & contra ipsos qui modo diuites sunt, posset cedi actio, sed cum iam nouata sit omnino extincta est obligatio respectu eorum, non vero respectu tertij, vnde si inter
18 fideiussores pactum esset adiectum, vt adinuicem inter se obligati remanerent, quia tunc fiunt socij dum sibi adinuicem de indemnitate cauent, vt in auth. de duobus reis ratione societatis posset ille qui soluerit ex alijs percipere quod causa eorum soluerit, l. eandem. 9. ff. de duobus reis. l. si plures ff de fideiuss. l. 3. § nunc de effectu ff. liber. legat. & extra hunc casum non succurritur fideiussori, contra alios,
19 qui solum contra debitorem pro quo intercesit habet actionem mandati, si mandatum interuenit, sin minus negotiorum gestorum, l ex mandato 20. ff. mand. Faber. d. libr. 11. cap. 14. in fin. & cap. 15. Et hoc casu, etiamsi creditor nouet respectu vnius, accipiendo alium fideiussorem, non tamen nocebit conuentioni inter ipsos celebratæ, quæ omnia cogitare debuit fideiussor, quod si non fecit sibi imputet, arg l. si Titius. ff. de fideiussor. ibi, *Cum scire potuerit aut non ignorare mulierem frustra inter cedere*, facit l si quis domum. §. hic subiungi ff. locati, ibi, *hoc euenire posse prospicere debuit.*

20 Nec de tutoribus ad fideiussores debet fieri argumẽtatio quia inter fideiussores, nulla datur reciproca oblitio, vt supra dixi, & gratis se obligant, & voluntarie, at vero tutores coacti, & ex necessitate, & ideo oportuit, vt tanquam socij adinuicem tenerentur, inter se, adeo vt non cessa actione, vtili, aduersus contutorem agere possunt, ex l. 1. ff. de tutel. §. nunc tractemus, explicat idem Faber. libr. 11. cap. 11. Donelus de iure ciuili libr. 15. cap. 43. num. 10. quibus ne sit illis damnosum officium facilius succurritur, argum. l. videlicet 29. ff. ex quibus caus. maior, quæ quidem vtilis ideo ex æquitate accõmodatur, quia respicit fauorem pupilli, cui hac ratione consulitur, nam dum tutor intelligit, se actionem habere de parte eius quod soluit, aduersus contutores facilius solidum soluit pupillo, nec ipsi in solutione molestus erit, quæ ratio in confideiussoribus vel alijs quibuscunque creditoribus cessat pungit Donellus vbi supra num. 20. & in titulum. C. de duobus reis. cap. 13.



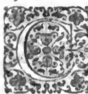
SVMMA.

SVMMARIA.

1  *Etentator vel is cui ex limitata causa res traditur non dicitur possidere.*
Si tamen ab ea facultate seu statu deijcitur illi succurritur.ibi.
Lex in odium spoliantis non admittit allegationem deffectus, tituli ibi.
2 *Iudicis officium non impartitur vt iniquitati faueat.*
Quando tempus præfigitur possessioni dies interpellat.ibi.
Addictio facta in re maioratus pro vita possessoris habet locationis vices.ibi.
3 *Expendens in re maioratus expensas à locatore non repetit.*
Interpretata l. si quis domum.§ hic subiungi.ff.locati.ibi.
Ille tex. non negat expensarum repetitionem sed solum prohibit ne ab hæredidus locatoris exigantur sed à maioratus possessore.ibi.

DECISIO XVIII.

An addictio facta creditori in bonis, seu redditibus maioratus, mortuo possessore duret ita vt apprehensa possessione à sequenti successore debeat creditor propter possessionem recipiendi contra successorem restitui; Ordinat. libr.4.titul.58.

 VM Bernardinus d'Alte debita contraxisset, quidã Ludouicus Serrano contra eum sententiam obtinuit, prò cuius executione, ei addicti fuerunt redditus certæ proprietatis,& domus maioratui annexæ, vt ex ipsius redditibus sibi solueret, decursis iam aliquibus annis, diem clausit extremum dict. Bernardinus, antequam perfecte creditori solutum foret, Domina Maria da Sylua eius soror possessionem bonorum maioratus accepit tanquam legitima ipsius successor. Creditor adijt monateriorum iudicem, cuius ipse fori erat, petijtque vt ipse in sua possessione recipiendi seu leuandi fructus tueretur, expeditum fuit mandatum, cui dict. Domina Maria impedimenta obtulit, allegans ius addictionis finitum fuisse, morte possessoris, quæ cum te-

cepta non fuissent, ad Senatum appellatum extitit, in qua hæsitatione varia dixere Senatores.

1 Primis enim patribus placuit ipsam non audiendam, donec creditor in suam possessionem reduceretur, à qua expulsus erat, incitâtus & inauditus ex reg.tex. in l.si quis ad se fundum. C. ad legem Iuliam de vi.l. fin.C.si per vim, Valasc. consi.191. per tot Licet enim cui fœnoculi vsus cōcessus est, vel alia habitatio, vel colligendorum fructuum causa, rem detinet, possidere non videatur, cum illā solam facultatem sit assequtus, vt respondit Decius consi.355.nu.1.post Bart, & cæteros in l. Aquilius regulus. ff. de donatio. Si tamen ab ea facultate deijciatur vel spolietur, iudicis officio ad instar interdicti subleuandus est, Valasc.consi.111.num.20. quia cum iudicis officium, ex æquitate procedat l.plane. ff.petit. hæred. Menoch.rem. vlt.recup. nu.3. eadem æquitate suggerente, ad varios casus porrigitur, vt colligitur ex cap. bonæ de appel cap. accedens 1. vt lite non contest. atque cuilibet detentatori passim conceditur, etiamsi non possideat, ex gloss. in l. & non tantum. ff. de petit. hæred. Bart in l.de vsu.ff.de varijs & extraordin.cogni. Bald.in l.ædem.C.locat. col.2.Ripa in cap.sæpe de rest.spoliat. num.17. Corras in §. nihil commune 2.part num.127. Plotus in l.si quando C.vnde vi, Maranta de ord. iudic. 7. distinct.nu.35. Natta consi.563 nu.27. & procedere in eo qui recipit annuos redditus dixit Bart. in l. cottem ferro §.qui maximos.ff.de publican.Alciat. responsi.426.num.2. Nec obijci potest agenti, tituli deffectus, ex Oldra.consi. 206. vers. ad secundam quæstionem, Alex. consi.99. num.9. libr. 5. Couar. pract.cap.23.num.4. Menoch. remed. vlt.recup.num.32. vel etiam iuris presumptionem esse contra agentem, Gabriel, Sarai. in addit, ad notabilia Mathesil. notab. 28. num.3. Menoch. vbi supra num.33. ratio est quia lex in odium spoliantis, nō admittit allegationem huiusmodi, vel aliam quæ concernat deffectum tituli, vel malam fidem arguat, quia fingit spoliatum, quoad illud esse legitimum possessorem, & vt talem omnia reponenda decernit, Bald Salycet. & alij in l.1 in fine.ff.fam hercisc. Duar.in l.si alienā post princip.ff solut.matrimon.

2 Verum hoc casu iudicis officiū impartiri non posse suadetur, quia cū illud ex æquitate procedat, non debet cum iniquitate concedi, ne ex iudicis officio ex quo æquitas dimanat, iniquitas profluat, argum. l.meminerint C.vnde vi, constat enim quod illa detentatio habet cursum limitatum & restrictum ad vitam vsufructuarij seu possessoris, vnde dies ipse interpellat argum. l.magnam. C contrah vel cōmittend. stipul. adeo vt extincta maneat omnino causa ex qua possidebatur. l. lex vectigali. ff. de pignor ibi pignoris ius euanuisse Cabed decis. 134 num.1 l.1.& 2.C si pignus pignori datum sit, ibi quandiu in causa pignoris manet eius qui dedit Barbosa in l. vsufructu num.28. ff solut.matrimon. Afflict.quæst 392.num.28. vbi inquit quod extincto titulo extinguitur etiā possessio, Caldas Pereira de renoua. quæst.17.num.8. & quæst. 10. num. 8. & 10. faciunt quæ Tiraq le mort 7.p. declarat.1.num.4. Valasc.de iure emphyt. quæst.18. num.8. Ius enim vsufructuarij separatum est à iure successoris, Vlpianus in l. si quis §.hic subiungi. ff. locati cogitare enim debuit creditor illud ita accidere posse, vt Vlpianus in eo tex. dicit, ibi quia hoc euenire posse prospicere debuit. Illa enim fructuum addictio durante possessore creditori in maioratu facta, subit locationis vices, & censetur quædam fructuum quottanis recipiendorum successiua conductio, ex Ordin. lib.3.

lib.3.titul 53.§.1. quæ in similibus casibus bona capellarum quæ eodem modo ac maioratuum administrantur, iubet vt publice locentur, & ex fructibus creditoribus soluatur, ibi, *quando a condenação proceder da diuida ou obrigação do senhor ou administrador do morgado ou capella, & não do instituidor não se poderão os bens do morgado ou capella arrematar, nem vender, mas arrendarsehão somente em cada hum anno*; vnde talis addictio potius locatio censeri debet vt partes censeantur fecisse ea quæ poterant.

3 Hicque est casus in quo similes conductores amittunt expensas factas in re maioratus, ex tex. in d § hic subiungi § idem quærit, ibi, *idem quærit si sumptus fecit in fundum quasi quinquennio fruiturus an recipiat?* & ait non recepturum quia hoc euenire posse prospicere debuit. &c. Obstat tamen quod videtur alienum ab Vlpiani mente, qui æquitatem semper amplectitur, sic inique sentire, vt conductor meliorationes amittat, cum secundum iuris principia, ille qui impendit in re restitutioni subiecta, meliorationes suas deducere posit, per tex. in l. domos. ff. de leg. 1. l. vbi pure 19. §. fin. ff ad Trebell. l. diuortio. §. fin. ff. solut. matrim. Valasc. consf. 25. num. 26. Gama decis. 354. Garcia de expens. cap. 23. nu. 54. Ordin. libr. 4. titul. 54. § 1. vbi Barbos. 1. part. num. 48. receptum testatur Pinel. in l. 1. de bon. mater. 2. part. nu. 72. vers. nec omitto idem Valasc. de iure emphyt. quæst. 15. num. 19. Molin. libr. 1. cap. 26. num 14. Garcia de expensis cap. 16. à princip. quapropter hic tex. varie intelligitur à Conan. lib. 7. iuris ciuilis cap. 11. num. 21. Corneo consf. 56. num. 4 libr. 1. Cæpola in l. impensæ num. 4. ff. de verbor. signi. & alijs quos Garcia reprobat, vbi supra numer. 17. Verus igitur sensus est, quod ille tex. non negat expensarum repetitionem, & ipsius rei retentionem, ne alias nouus successor locupletetur cũ aliena iactura, quia hoc esset cõtra apertã iura: sed tantum dubitat, an ab hæredibus locatoris qui ad quinquennium locauit, an à nouo successore repeti debeant, & respõdet quod finita locatione ante tempus, morte vsufructuarij, non potest conductor agere contrã ipsius hæredes, vt sibi soluant impensas actione locati, quia cũ locator locã uerit tanquam vsufructuarius, & eius morte finiri debuisset vsusfructus §. finitur instit. de vsufructu, rationi repugnat vt hæredes locatoris teneantur pro expensis quæ transeunt ad successorem in maioratu, vel fideicommisso, contra quem non negat tex. repetitionem, vel retentionem, qui intellectus suadetur ex quæstionibus præcedentibus, in textu propositis, & ex sequenti quæstione vbi quærit an teneantur hæredes quando locator non tanquam vsufructuarius, sed tanquam rei dominus locauit, in qua dicit hæredes locatoris ex dolo teneri, Molin. lib. 1. cap. 21. nu. 8. Garcia de expensis d. cap. 14. ex nu. 2.

Cum igitur in proposito cõductor nullas meliorationes factas in re conducta alleget pro quibus retentioni locus esse posset ex titulo limitato, nõ debet in futurum tueri contra legitimum successorem, cum lex ipsa conductionis sit, vt finito tẽpore res libere dimittatur, Ordin. lib. 4. titul. 54. § 3. Imó si statim liberam domino non dimittat, incidit in pænas de quibus in l. conductores C. locati. l. non abs re. ff. vnde vi, Menoch. recuper. remed 11. nu. 1. Valasc. consf. 42. nũ 4.

Ex quibus cõclusimus Actorem nõ restituendũ quãdo ipse nõ allegabat in re cõducta impendisse argumẽto eorũ quæ Valasf cõs. 111. n. 21. vbi vxorem nõ restituit etiã allegatis meliorationib⁹ quando successor iuratam æstimationem impensarũ deponit sic sententia scripta fuit. Scriba Quintal.

SVMMA-

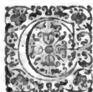
SVMMARIA.

1  *Implici nullitati senatus defferre non consuenit.*
Filij ad causam bonorũ aduentitiorum necessario sunt citandi. ibi.
Interpraetata l.fin.§.vbi autem.C. de bon.quae liber.
Filij debent audiri contra parentum iniquas alienationes.ibi.
Melius est in tempore occurrere quam post vulneratam causam remedium quaerere.ibi.
Ponderatur Ordin. lib.4. tit.48. §.2. vbi vxori permittitur venire cõtra factũ mariti alienantis.ibi.
Filio agenti contra alienationem parentis iudex tenetur consensum accommodare.ibi.
2 *Filijs in vita patris agendi facultas non adimitur.*
Exploditur Azonis sententia sentientis filium non posse in vita patris conquaeri de ipsius alienatione.ibi.
3 *Facilius quis admittitur ad litigandum quam ad alienandum.*
Minores qui alienare nequeunt tamen super bonis suis litigant.ibi.
Ponderatur Ordin. libr.3. titul. 47.§.5.
Iudex non supplet vxoris consensum in alienando standi vero in iudicio supplet.ibi.
Pater valide alienat bona filiorum ex causa legitima, & sine fraude. ibi.
Patri actiue & passiue facultas agendi competit.
4 *Bartoli opinio in iudicando sequenda est.*
Parentes de rebus filiorum magis solliciti sunt.ibi.
5 *Quando agitur de solo patris praeiudicio omnes concordant filiorum consensum requiri.*
Interpraetatur tex. in l.fin. §.vbi autem.C.de bon.quae liber.
6 *Differentia constituenda est inter bona materna, & alia aduentitia filijs acquisita.*
In maternis parentes maiori fruuntur potestate licet aequali vsufructu.ibi.
In bonis maternis duo tempora consideranda, vel ante partitiones, vel post. ibi.
7 *Priori casu patri permissa est alienatio.*
8 *Si perfecta partitione pater alienat filij reuocant alienata.*
9 *Si diuisio alicuius rei haereditariae petatur solus parens citari oportet.*
10 *In aduentitijs ex alijs causis obuenientibus filij citandi sunt.*

DECI-

DECISIO XIX.

An pater legitimus filiorum administrator, in aduentitijs possit sine filiorum consensu stare in iudicio, vt filijs præiudicet, ad Ordinat. lib.3. titul. 47. §. fin. & titul. 63. §. 4.



CVM pater mortua vxore filios haberet in potestate intra 20 annum ætatis constitutos,& conueniretur in iudicio pro certa parte bonorum, lataque fuisset contra ipsum sententia in fauorem cuiusdam Gondiçali Rebello tempore quo ipse huius sententiæ executionem petebat, accesserunt filij, & proprio nomine nullitatem processus & sententiæ, arguebant, eo quod ipsi citati non fuerant, cum de eorum ageretur præiudicio,& de bonis aduentitijs, sibi ex parte matris obuenientibus, contra quos cum sententia prolata esset ad Senatum appellatio delata est. Quam D.Didacus de Brito per doctissimam deliberationem censuit reuocandam, quia licet Senatus non soleat simplicibus nullitatibus deffetre ex his quæ per Valasc. de partitio cap.39. nu.72. Ordin.lib.3 titul.63. similis l.10 titul. 17. libr. 4. nouæ recopil. vbi Azeued. num. 57. Guilelmus verbo si absque liberis tituló de fideicommiss. substit. num.49.ad fin.

1 Tamen hæc praxis non obtinet nisi quando simplex nullitas allegatur, nuda & sine effectu iustitiæ, non admixta aliqua læsione, vel damno, quod reparandum sit per sententiam, tunc enim allegata tali nullitate damnum resarciri oportet, vnde fit quod cum attento iure filij essent citandi, ad causam ex tex. ad id expresso in l. fin. §. vbi autem. C. de bon quæ liber. ibi, *Adhibeatur autem filiorum consensus nisi adhuc in prima etate sint constituti*; quæ prima ætas vsque ad pubertatem extenditur ex Valasc. de partitio cap.7. num. 40 & 41. Cum ergo filij in præsenti essent puberes sine eorum citatione iudicium agitari nō potuit ex eod. Valasc num.42. & 43. vtique hac citatione admissa, insanabilis insurgit nullitas, vt de læsionibus deductis in impedimentis cognosci debeat, alias enim apperiretur, maxima fraudibus occasio, si parentes filijs non vocatis iudicia subirent, super aduentitijs filiorum, in quibus illis non parum nocere possent. Cum igitur aduentitiorum alienatio, parentibus interdicta sit, ex l.1.C. de bon. matern. ideo filijs licet contra tales insurgere alienationes, easque infringere, prosequitur Pinel. in dict. l.1. 3. part num. 74. aliquando enim parentes vel instagationibus aliorum, vel propria iniquitate, etiam in filios fraudolose versantur, ideoque æquitas non patitur vt statim non audiri valeant, filij contra parentum iniquas alienationes, ex reg. l. Imperator ff. ad Trebell. vbi filius admittitur in defensionem spei etiam non habens adhuc dominium, à fortiori ergo in aduentitijs, in quibus iam dominium habet, cum oporteat potius in tempore occurrere, ne mortuo patre alienante filius fiat ipsius hæres, & impediatur ius suum pro-

prosequi, ex his quæ late Valasc. cons. 69. n. 7. Barbosa in l. si cum dotem § si pater n. 32. ff. sol. mat. Molin. Theolog. 2. tom. disputat. 22. Gama decis. 33. & ideo in vita admittitur ex Bald. in l. fin. §. in computatione C de iure deliber. num. 7. idem Pinel. in dict. l. 1. num. 74. & in auth. nisi nu 44. idem Valasc. dict. cons. 69. num. 16 pro qua opinione facit Ordin. libr. 4. titul. 48. §. 2. qua indulgetur vxori posse venire contra alienationem, nulliter à marito factam, cui agenti maritus cõsensum præstare compellitur, & Ord. libr. 4. titul. 12. vbi filio negante consensum alienationi patris, in alium filium; iudex præstat authoritatem, & consensum supplet, sic ergo idem iudex agenti filio pro nullitate alienationis, ipse consensum præstabit, filiũque reddet habilem ad agendum, nec aliud probat d. l. 1. C. de bon. matern. dum in fauorem filiorum introducit, ne contra illos currat præscriptio in vita patris alienantis, insimili textus in cap. sacerdotes. 12. quæst. 4. & 12. q. 2. cap. placuit. §. item si, Abbas in c. cum non liceat numer. 7. de præscriptio, Guido quæst. 150. & 152. Rodoanus de rebus ecclesiæ quæst 2. cap. 3. n 5.

2 Quia non ex hoc à contrario bene sequitur, quod interim illis agẽdi denegatur facultas, ad tex. autẽ in auth. de nuptijs. § sed quod sancitum, & in l. 1. C. de Annali exceptione vbi expresius filijs agendi, in vita parentum facultas adimitur, vltra ea quę Pinel. in auth. nisi, á nu. 45. respondetur, illa iura procedere regulariter, & de iure ordinario secundum quod filio standi in iudicio cum patre non datur licentia, nec facultas, l. cum oportet. C. de bonis quæ liber. l. filiusfam ff. de actio & obligatio. Non tamen procedunt quando filius authoritate prætoris, contra alienationem insurgeret, causa cognita prætore authore, vel implorato ipsius officio, vt pater consensum præstet, vel illo ipsius consensum supplente, arg. Ordin. lib. 3. tit. 47. §. fin. & titul. 63. §. 4. vel si ad Principem recurritur iuxta Ordin. lib 4. titul. 48. §. 2. ex quibus explodi debet Azonis sentẽtia in rubr. de bon. mater. quem sequuntur Doctores communiter, in l. præses. C. de transactio, & Crotti in l. frater à fratre ff. cõdict. indebit. num. 54. Bertrand. lib. 2. cons. 84. nu. 7. & 8. vbi habent quod filius non potest conquæri de parentis alienatione, nec contradicere quos multis confutat Pinel. in dict. l. 1. 3. part. à num. 21. & seqq. Vnde videbatur dicendum quod sicut pater alienare nequit filiorum bona, sic pariter super illis stare in iudicio non potest, arg. Ordin. libr. 3. titul. 47. vbi marito denegatur facultas standi in iudicio sine vxore quia ijdem sine ea non licet alienare vt libr. 4 titul 48. facit Ord. libr. 3. titul. 41. §. 8. vbi puberis requiritur mandatum ad litem.

3 Verum inter alia dicebam sententiam sustinendam fore quoniã notissimi iuris est facilius quem admitti ad litigandum quam ad alienandum, scimus enim ecclesiam minores, & similes qui sine decreto aut simili solemnitate bona sua distrahere non valent, vt per tot. titulum. ff. de rebus eorum, & in titulo de rebus eccles. Posse nihilominus super illis litigare, & in iudicio stare, qua etiam ratione is qui vxorem duxit, & ætatis veniam impetrauit, licet nequeat immobilia alienare, Ordinat. libr. 3. titul. 42. § 2. tamen in iudicio stare potest ex ead. Ordin. libr. 3 titul. 42. §. 3. vnde patet de iure nostro facilius standi in iudicio quam alienandi facultatem concedi, & comprobatur ex Ordinat. libr. 3. titul. 47. § 5. quatenus soli vxori permittit facultatem standi in iudicio, super immobilibus; cui tamen distrahendi omnino facultatem denegat, sine marito, qua differentia retenta patet,

patet, qua ratione non liceat iudici consensum vxoris supplere, ad alienandum, standi vero in iudicio sic, vt per Ordinationem libr. 4. d. titul. 47. § fin. quia scilicet non tam nociua est iudicialis contentio, quam est ipsa alienatio, ergo cum patri commissa sit potestas administrandi bona filiorũ, imó & illi liceat sine fraude ex causa legitima talia bona alienare, ex Roland cons. 78. num. 20. libr. 1. Bald in l. iubemus. Cod. ad Trebell. vers. item fallit. Salycet. in l. filium quem habentem. Cod. de famil hercisc. numer. 11. Decius cons. 236. quos citat Valasc d. cons. 69. num. 27. adeo vt non data fraude consilio vel re, teneat alienatio, & fuit sententia Azon. in summa C. de bon. quæ liber. num. 11. communem dicit Afflict. d. Neapo 393. nu 3. Couar. libr 1. resolu. cap. 8. numer 6. Gutierr. de tutel. 2 part. cap. 5. nu. 22. vbi securius tamen dicit quod adhibeatur iudicis authoritas, & esse de iure Regio Lusitano contra Azonem quam tamen legem Regiam non reperi, quia lex Regia lib. 1 titul. 87 agit de orbatis parente, & merito ijdẽ patri indulgetur potestas standi in iudicio, pro defensione bonorum filiorum, vel talia sint quæ adhuc diuisa non sint, vel etiam si filijs iam sint acquisita, quia aliunde quam ex causa legitimæ obuenerint, quam sentẽtiam comprobare videtur tex. in l. 1. Cod. de bon. mater. vers. parentes, ibi, *Per se vel pro- procuratorem poscere*, & ibi, *litem inferentibus resistere*, & ibi, *omnia agere tanquam solidum, & perfectum dominium eis acquisitum fuisset*, verba sunt Imperatoris quibus manifeste probatur, patri actiue & passiue facultatem agendi concessam esse, quia licet non dominus insolidum nec perfectum dominium habeat quia imperfecte dominus est, idest pro parte, tamen quoad hoc pro perfecte domino habetur, atque illud verbũ tanquã improprietatem denotat voluit Bart. in d. l. 1. num 1. Bald. 8. Paul. num. 2. dicit communem Imol. num. 3. in l. fin. §. pupillus. ff. verbor. oblig. Aret. num. 5. Pinel. d. l. 1. 2. part. num. 66. cuius meminit Mench. de successio. creat § 6 col. penult. licet in contrarium citet plures per d. l fin. §. vbi autem. Cod. de bon. quæ liber ibi, *Adhibeatur autem & filiorum consensus nisi adhuc in prima ætate sint constituti*, quæ fuit etiam opinio Innocentij in cap. accedens de procurator quam sequitur Valasc. de partitio. capit. 7. num. 38.

4 Quorum opinio in hoc regno cessat, cum vltra tex. in dict l. 1. pro hac parte sit Bartoli opinio, quam in iudicando sequi oportet, ex Ordin. lib. 3 tit. 64. §. 1. eo maxime quia æquior est Reique publicæ magis cõueniens, teste Pinel. dict. loco vers. vnde; tum etiam quia remota fraude, quæ semper videtur abesse in patre, respectu filiorum, superuacaneus videtur filij iuuenis consensus, tam in prima quã in adulta, & maiori ætate, cum parentes, de rebus filiorum magis solliciti sint, & illis maiori cura inuigilent, in quibus etiam eorum vertitur præiudicium, & ideo innutilis videtur filiorum consensus, vt ex Angel. Paul & Fulg probat Pinel. ibi vers illud, vbi citat bonum tex. in l. si cum dotem §. eo autem tempore in fin. ff. solut. matrimon. ibi, *An omnino consentire filiam decet*, & ibi, *filia leuis mulier vel admodum iuuenis potius patri acquiescere prætorem oportet*.

5 Quando autem solum ageretur do solo iure patris, concernente ipsius vsumfructum, omnes concordant nõ exigi filij consensum, ne pater in suo vsufructu deterioris sit conditionis, quam quilibet alius extraneus, ita plures referens probat Pinel. vbi sup. vers. in eodem, idemque erit in qualibet causa super possessione quia vsusfructus possessionem concernit, quam

I solus

solus vsufructuarius potest defendere, vt in l. 1. §. fin. vbi notant omnes ff de noui oper. sed non solum his casibus, sed in omni causarum specie, patrem sine filio agere, iudicatum testatur Cabed. decis. 197. numer. 13. citato Bart. in dict. l fin. §. pupillus ff. de verborum, Angel. in princ. instit. de tutel. num. 2. late Azeuedo l. 10 tit. 17. lib. 4. nouæ collect. nu. 6.

6 Nec retenta hac opinione obstant quæ in cõtrarium ponderabam, nam tex. in dict. l. fin. §. vbi autem C. de bon quæ liber. alio tendit, quam à Pinel. Valasc. & alijs ponderari solet, pro cuius perfecta intelligencia, notandum est quod circa bona filiorum in quibus patri vsusfructus quæritur, differentia est constituenda, inter bona materna quæ filijs per matris obitum debentur, & inter alia bona aduenticia, quæ ex alijs causis filijsfam. acquiruntur, vt inquit tex. in l. cum oportet. Cod. de bonis quæ liber. ibi, *quemadmodum in maternis bonis, &c.* & ibi, *ita & in his quæ ex alijs causis filijs acquiruntur, &c.* vt scilicet circa bona materna parentes ampliori fruantur administratione licet æquali vsufructu, nam cum bona materna quæ soluto matrimonio ad filios ratione suæ legitimæ defferuntur, fuerint in potestate patris, & in ipsius dominio constante matrimonio, adhuc eo soluto apud parentem resident, iure proprio continuata eadem causa & possessione, licet ipse teneatur ex ijsdẽ bonis maternis, filijs suas legitimas impartiri, vnde fit quod in his bonis maternis duo tempora obseruari possint, primum quod est ante partitiones factas cum liberis, & hæredibus vxoris, vel illis iam solemniter factis.

7 Primo casu adeo, pater apud quem illa bona resident, habetur illorum bonorum dominus, ob antiqui dominij vestigium, vt illi liceat ad libitum corpora ex hæreditate alienare, & quidem valide licet postea computare teneatur ad imaginem hæredis cui debetur Trebellianica, qui si vendit aliquã rem hæreditariam cõputat illam in suam Trebellianicam, etiam inuitis legatarijs, vel fideicommissarijs, l Marcellus § res quæ. ff. ad Trebell Ripa in l. in quartam nu. 105. si autem æs alienum vrgeat, & fraus absit licite, corpora alienare potest, iudexque talem alienationem ratam habere debet, Valasc. dict. capit. 69. nu. 27. in fin.

8 Quando autẽ iam partitiones factæ sint, quia filij expedita partitionis charta, domini efficiuntur, ex §. fin. instit. de offic iudic. Valasc de partitio cap. 2. n 6. Ord. lib. 4. tit. 96. §. 12. si pater ad alienandum accedat liberi alienata reuocant, ex l. 1. Cod de bon. mater. & quæ ex Pinel. & Valasc. supra diximus.

9 Vnde vel ante partitiones vel post si aliqua res diuidẽda inter omnes, à tertio petatur, solus pater pulsari debet, vt ipse litem suscipiat, ac defendat, non vero filij etiamsi puberes iam sint, ratio est, quia ante partitiones ipse dominus in communi est, & ipse legitimus defensor, ex d. l. 1. ibi, *& litem inferentibus resistere, atque ita omnia agere tanquam solidum perfectumque dominium eis acquisitum fuisset, & personam gerant legitimam*; post partitiones vero idem dicendum est, quia cum apud parentem bona resideant, ratione vsusfructus si aliqua pars illorum bonorum petitur, solus pater est ligitimus defensor, quia si reseuincitur, ab hæreditate nouæ partitiones faciendæ sunt, vt omnes maneant æquales, & filijs est vtile, vt solus pater defendat, nomine communi causam, cum vnum & commune periculum omnium sit, & ne cogatur filius cui illa res asignata fuit, ex suo litem suscipere, cum magis illa ab omnibus sit obeunda, cũ antiquiorem causam habuisset,

habuisset, & ante partitiones extaret ex his causis eleganter Constantinus in dict. l. 1. his casibus ad solum parentem litem suscipere spectare decernit, vt litis expensæ ab ipsius etiam vsufructu deducantur.

10 Quod tamen non ita se habet in aduentitijs, ex diuersis causis, obuenientibus in quibus, filijs statim proprietas acquiritur, eodem tempore quo parenti vsusfructus, atque ideo merito in dict. l. fin. Cod. de bon. quæ liber. §. vbi autem, Iustinianus explicans ea quæ disposuerat, in dict. l. cum oportet illius tituli, disponit quod quando pater & filius concurrant in additione hæreditatis, aliunde obuenientis, tunc si lis superueniat filij puberes citandi sint, ad causam quia ipsi vere domini sunt, nec illa ampla administratio parenti competit ac in bonis maternis, in quibus longe dispar ratio versatur, nec vlla intercessit additio, sicque apparet quædam explanatio ad ea quæ Valasc. dict. cap. 7. num. 41. circa §. vbi autem, vbi non bene videtur adduxisse Ordinat. libr. 3. titul. 41. §. 8. eam applicans filijs in potestate, cum loquatur de minori patria potestate soluto cum ibi agat de curatore ipsius, quem habere non potest filius, qui sub sacris paternis constitutus est, patet ibi, *seja citado seu tutor se o tiuer*, & ibi, *& seu curador se o tiuer*, quæ omnia non conueniunt filiosfam. apud patrem viuente sicut aliàs Ordinat. libr. 3. titul. 42. § 2. agit de filio soluto à potestate, patris naturalis qui non tutor nec curator constituitur filiorum quorum ipse est legitimus administrator, nec illi possunt applicari quæ de tutoribus disponuntur per Ordinat. libr. 1. titul. 87. § 23. Atque ex his cæteræ difficultates diluuntur vnus tamen est casus in quo pater filiorum tutor esse potest quando illum emancipauerit, quia tunc ex legis dispositione tutor est impuberis emancipati §. præterea instit. quibus mod. ius patr. & eo casu retinet dimidium vsusfructus. l. iubemus. Cod. de emancip. liber. l. cum oportet. §. cum autem. C de bon. quæ liber. l. 15 titul. 18. part. 4. Gomes in l. 48. Taur. nu. 6. Gutierr. de tutel. part. 3. cap. 4. num. 4.

Ex quibus cum in præsenti tertius ageret contra patrem rei vindicatione, ratione cuiusdam corporis hæreditarij ad ipsum spectabat legitima causæ defensio, super maternis enim bonis, filij vocandi non sunt, etiamsi puberes existant, licet in aduentitijs ex alijs causis seruari posit decisio dict. §. vbi autem, atque ex his fundamentis sic senatui placuit. Scriba Quintal.



Præses Curialis Reum in totum absoluit. in Senatu aliter iudicatũ fuit, nã D Hieronymus Pimenta d'Abreu vir peritissimus in cuius manus causa incidit, sensit in prioribus duobus annis Reum condemnandũ, & à tertio absoluendum, respectu cuius creditor debitum suum remisit, quando iam dominus per addictionem effectus erat, imó cũ in illo vltimo anno, *elle hia na folha do assentamento para receber a tença em lugar do ditto Dom Ioão*; ex quo iam erat verus dominus effectus; per adiudicationem pignoris, ex Bald. in auth. & qui iurat. C. de bon. author. iud possid & in cap. quoniam frequenter. §. vlt. in fine, vt lit non contestat. Tiraq de retract lignag § 1. gloss 14. nu 13. Cui sententiæ accessit Franciscus de Brito & Meneses nostri Collegij literis & moribus ornamentum quẽ fæliciter Senatus possidet, & episcopales expectant infulæ, ex eo fundamento quia illa vltimi anni remissio, non potest dici debiti prorogatio, quia prorogatio est eiusdem rei, quæ adhuc est extensio, l. sed si manente. ff. de precario, vnde cum extensio facta fuerit, quando iam illi solutũ erat, potius dici debet noua cõcessio, quam temporis prorogatio, qua filius nullo modo teneri potest, qui in tali contractu non intercessit.

1 Petita fuit reuisio in qua deliberans concedendam dixi ex sequentibus fundamentis: quia licet executio iam facta nouata censeri debeat, si post eam perfectam creditor rem iterum liberam debitori dimittat, quia per transactionem inducitur nouatio ex Bald. in rubric. de transact. ad fin. Gozadin. conf. 38. Ronchegal in l. 3. num. 19. ff. de duob. reis, quos citat Menoch. libr 3. præsumpt. 134. nu. 42. tamen ipsa sententia principalis nunquam nouata censeri debet, sicut de iure non nouatur acceptis pignoribus, vel fideiussoribus, quia semper salua manet, iudicati actio cum sua executione parata, sicut antea ex Rebuff. 1. tom. ad leges Gal. titul. de liter. obligator art. 1 gloss 9. num. 22. ex ea ratione quia illud quod de nouo additur, est accessorium principali obligationi, quæ nunquam censetur nouata, quia illud fit vt magis sit cautum creditori, ex Bart. in l. 4. §. si ex conuentione ff de re iudic. num. 2. nec sumitur nouandi præsumptio, quæ in creditoris damnum fieret, colligit Paulus ibi num 3. Soares l post rem. 1 notabil. num. 2. ff. de re iudic. Alciat. in l creditor nu. 2. in princip. ff. si cert petat. receptum dicit Ripa in cap inter cæteras, num. 70. de rescript. Neguf. de pignor. 1. memb. 5 part. à nu. 6.

2 Sicut alias pariter dubitari cõsueuit. an prorogato tempore debitori respectu fideiussorum, pariter nouata censeri debeat prior obligatio, pro tempore prorogato, & non teneri fideiussores probat tex. in l. si cum hermes C. locati, Ias. in l. lecta. num 9. ff si cert petat. saltem ope exceptionis, ex l. pen. ff. de prætor stipul vbi Bart. num 4 prosequitur Fachin. libr. 2. cap. 88. & fuit Specul. in titul. de fideiuss §. 1. vers nec illud autem quæritur, Felin. in cap. de causis de offic. deleg. col. 3. Nata consil. 202. num 6. pro quo expenditur tex. in l. item quæritur. §. qui impleto. ff. locati, ibi, *Si non alius pro eo in priori obligatione res obligauerat eius enim nouus consensus erit necessarius*; deinde facit regul dict. l. si cum hermes C. locati, ibi, *Non oportere te de posterioris temporis periculo adstringi competens iudex non ignorabit.*

3 Verum contrarium quod prorogato tempore fideiussores non maneant de obligati tenuit Rotta decis. 859 in antiquis, & consuluit Socin. cons 21. à num. 10. libr. 1. Iason in l. 1. C de iudic. Decius in d l. lecta. nu 13. ff. si cert. petat. Gomez variar. resol. lib. 2. cap. 13. num. 19. Couar. in rub. de

pact. in princip. nu. 6. Thesaur. decis. Pedamont. 125. Gail lib. 2. obseru. 30. num. 11. cuius assertionis ratio est, quia prorogando terminum non videtur creditor in antiqua obligatione voluisse sibi præiudicare, l. Lucius. §. Paulus. ff. administ. tutor. l. labeo § si per fideiussorem. ff. de arbitris, nec aliud euincit d. l. si cum hermes, quia agit quando principalis erat obligatus, ad certum tempus, ita vt tempus pertineat ad finiendam obligationẽ, quia tunc tacite fideiussor videtur eodem modo se obligasse, atque ideo tempore prorogato teneri non potest, l. si vnus §. 1. & ibi Alex. ff. de pact. & cons. 72. libr. 6. num. 7. Nos vero agimus quando principalis, & fideiussor indiffinite obligati sunt, prout censetur interuenisse quando principali simpliciter obligato, ipse tacite fideiubet, sine vlla limitatione, Bald. in l. tam mandatori, num. 5. C de non numeran. pecun. & est receptum ex Panorm. in cap. constitutus de fideiuss. Ias. in d. l lecta num. 9. Deci cons. 93. ad fin. Nec pariter obstat d. l. pen. ff. de prætor stipul. quia non dicit prorogato tempore non induci nouationem, sed solum quod propter prorogationem paratur exceptio, si ex prima obligatione agatur, vt dum durat tempus prorogatum, non valeat agi ad soluendum, transacto autẽ tempore superest prima obligatio illæsa, explicat Alex. d. cons. 72. nu. 6.

4 Ex quibus cum in præsenti post primum contractum, secundus celebratus fuerit, per quem solum renunciatum fuit executioni iam factæ, vtique sententia semper in suo robore mansit, vt per illam alterũ ex correis quem malet creditor, conueniret, defunctoque parente omnis obligatio in filium transiuit, arg. l. si Titius. ff. de fideiuss. ibi *Sed ita demum onus alteri totum irrogandum est*, l. reos. ff. de duobus reis. Conan. lib. 5. cap. 4. nu. 3.

Vnde fit quod nec ex illo tertio contractu cum solo parente gesto, in quo illi mandatum elargitur, vt redditus futuros recipere posit, aliquid videtur innouatum fuisse, circa primam sententiam habitam, contra vtrumque correum, quia non potest censeri, dict. creditorem post sibi factam solutionem, præstito tali mandato à prima obligatione destitisse, quia in eo vltimo contractu sola temporis prorogatio concessa considerari potest, quia cum ipse ab addictione iam destitisset, dum mandatum concessit patri, vt redditus perciperet, pro futuris annis quousque ipse creditor voluntatem exequendi apperiret, vtique in hoc solum temporis prorogationem attendit, cum aliud quod dare posset non habuisset, quod enim per addictionem acceperat, iam remiserat debitori, per priorum duorum annorum remissionem, vltimus vero cõtractus, vt redditus vltimi anni, & deinceps in posterum reciperet, est vera prorogatio executionis faciendæ, quæ non de obligat fideiussorem, indiffinite datum, vt in præsenti est, & supra notaui atque ideo sentiebam correum omnino teneri pro omnibus annis, non tanquam patris hæredem sed ex sua persona, & contractu: sicque obtinuit reuocata sententia scriba Azeuedo.



SVM-

SVMMARIA.

1  *Apella tunc dicitur instituta cum certa quotta administratoribus aßignata est.*

Naturæ maioratus non repugnat vt duo eligantur ad maioriam. ibi.

2 *Maioratus est quid indiuiduum quod ad vnum tantum defferri debet.*

Primus institutor potest inter duos diuidere maioriam non vero sequentes. ibi.

3 *Conditio nominandi in primo vocato apposita an censeatur repetita in sequentibus.*

Qualitas adiecta in primo gradu censetur repetita in secundo. ibi.

4 *Eligendi facultas primo concessa non censetur in sequentibus repetita.*

In maioratibus ea debet dessumi interpretatio quæ naturæ actus magis conueniat. ibi.

Talia sunt prædicabilia qualia sunt subiecta. ibi.

5 *In capella seu maioratu semper censentur vocati seniores.*

Eligendi facultas quia naturam maioratus violat debet restringi ad primo nominatum. ibi.

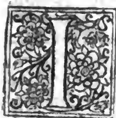
6 *Vltima clausula derogat præcedentibus.*

7 *In dubijs ea est assumenda interpretatio vt ceßet contrarietas.*

8 *Modus succedendi præscribitur per 40. annorum spatium.*

DECISIO XXI.

Quomodo interprætanda sint verba institutionis maioratus quibus successoribus concedebatur electio, an sit perpetua vel in primo ex nominatis extinguatur, ad Ordin. lib. 1. titul. 62. §. 53.

Nter Didacum Dominicum, & Margaritam Aluarez de Quintanilha, mota erat quæstio, super maioratus succesſione, in quo reperiebatur clausula quædam, qua primo vocatis dabatur electio, cuius verba sic habent, *Os quaes bẽs & propriedades mando que andem sempre juntas, sem se poderem apartar nem alhear senão sempre serem viuos, & andarem em poder & administração delles de Diogo Vaz, & de Ioão de Quintanilha, os quaes ambos faço admi-*

nistradores delles, & falletendo hum delles ficarà a administração delle ao outro; & delles a seus filhos, & herdeiros para sempre com a ditta obrigação.

E porem o possuidor que estes bẽs possuir poderá por sua morte nomear hũa pessoa que a ditta fazenda administre em seu lugar, & isto auerà lugar em elles ambos administradores, que cada hum delles poderà nomear a sua parte da administração, & isto durarà para sempre.

Contigit quod mortuo vno ex duobus administratoribus, superstiti ex substitutione facta, relicta est integra administratio, qui filium nominauit, hic cum sine liberis decessisset, sororem iuniorem elegit, quæ pariter decessit, & aliam sororem nominauit post se, neglecta seniori quæ litem mouit possessori, dicens nullam suam nominationem, & sui authoris extitisse, quia electio concessa in priori testamento, non censetur repetita in vlterioribus gradibus, & quod maioratus debuit defferri ad seniores, quia frater eius sororem nominare nõ potuit, nec illa aliam, sed quod ipsa Actrix quæ senior erat, post fratrem vocabatur. Præses pro possessore iudicauit, & vltra ea quæ ex doctissimis deliberationibus D. Custodij de Figueiredo viri quidem doctissimi, & Gondiçali de Sousa qui nulli cedit literis, & ingenio notandum duxi.

1 Quod in hoc casu non maioratus institutus proponitur, sed capella, cum certa quotta administratoribus assignata sit, Ordinat. libr. 1. titul. 62. § 53. Molin. de iustitia 3. tom disputat. 576. num. 15. Gama decis. 224 num. 9. post med. Valasc. cons. 82. numer. 5. Flores ad decis. 27. idem Gama decis. 30. Vnde vel capella vel maioratus sit institutus, fideicommissum perpetuum datur, vt bona perpetuo defferantur illis qui nominati fuerint, & eorum successoribus, nec naturæ maioratus repugnat vt duo á primo institutore eligantur, administratores, quia res quantumcumque indiuidua, à pluribus teneri potest, l. vnum ex familia § si duos ff delegat. 2. vbi Bart. qui in §. sequenti notauit, grauatum restituere vni de familia, posse pluribus restituere, Soares in l. quoniã in prioribus C. inoffi. testam. fol. 187. n. 7 Gomez l. 40. Tauri, ante num. 49. idem probatur in §. sed si fundum illius legis, ibi, *quibus voles aut cui voles*, intelligendo quod est alternatiua legis non testatoris, secundum quod habens facultatem eligendi in numero plurali concessã, potest vnum eligere, quemadmodum è contra in dict. §. si duos potest plures eligere, qui in numero singulari facultatem habet, vni relinquendi, quæ fuit sententia Dini quem alij sequuntur.

2 Quæ traditio licet in maioratibus qui per plures successores transierunt admitti posse non videatur, quia repugnat rei indiuiduitas, quæ ad vnum & proximiorem tantũ defferri potest, dict. l. vnum ex familia ff. de leg. 2 gloss. in l. 2. titul. 15. part. 2. adeo vt ad maiorem pertineat, quia is dicitur proximior, Couar. libr. 3. resolu. cap. 5. num. 3. Gomez d. num. 59. Pinel. in l. 1. de bon. matern. 3 part. num. 17. Tamen in primo instituente sine dubio est posse administrationem inter duos diuidere, quoad vixerint vt altero eorum mortuo successio ad vnum defferatur, quia non est inconueniens quod res quantumcumque indiuidua, à pluribus teneatur, ex Decio in cap. prudentiam de offic. delegat. num. 10. agente de iurisdictione quæ pluribus committi potest, Gaspar Vaz in l Imperium ff de iurisdict omni iud num. 274. sicut alias seruitus indiuidua iteneris, potest pluribus cedi, Galeaula in l. stipulationes non diuiduntur, nu. 36. ff de verbor. oblig. Sicut & in iure patronatus probat Guilelm. in cap. Raynutius, verbo & vxorem; nu. 146. & geminos ad Regni successionem admittit,

admittit. Bald. in auth. ex testamēto. C. de collatio, sequitur Ias in l. ex tribus ff. cond. caus dat nu. 18. Cirier lib. 1 de primog. q. 6. Mencha illustr. c. 90 n 11. Tiraq. de primog. q. 17. per totam.

3 Deinde concessa in testamento primo vocato, facultate eligendi, ad fideicommissum graue est dubium an extinguatur talis facultas, in persona primo nominati, vel ad successores porrigatur, pluribusque placuit quod ea clausula in primo gradu adiecta omnibus prodesse debet, quasi semper repetita sit, quia id verosimile est defunctum responsurū fore si esset interrogatus, ex Alex lib. 2. cons 130 nu 1. & 4. pro quorum opinione facit tex in l. quæsitū 13. ff. de testibus, vbi ad casum omissum Papinianus docet fieri posse extensionem l. si pluribus. ff. de leg 2. Molin lib. 1. cap 4 num. 14. Deci cons. 190. col. 3. agens de conditione viduitatis, à marito vxori addita, in primo legato, vt censeatur in secundo repetita, idem Decius cons. 218 nu. 8 Ias in l. Barbarius. ff. offici præsid. num. 3. Cassan. cons. 11. nu 68.

Iuuat alia resolutio, quæ habet quālitatem adiectam in primo gradu censeri repetitam, in omnibus alijs gradibus substitutionū Guido q. 485. Bart. in l. 1. C de impuber. Decius cons. 270. n. 2 Ias in l. qui filiabus, ff de leg 1. n 3.

4 Verum contraria opinio in hoc casu magis videtur iuris principijs cōformis, vt talis eligendi facultas ad successores minime extendatur, arg l. boues. § hoc sermone ff. de verbor signi. quæ sententia iuuatur ex modestini ad propositum responso. in l. liberi. 8. ff. assigna. libert. vbi licet patrono cōcedatur potestas, assignandi libertū, vni ex filijs, filio tamen cui ille assignauit, eadem facultas non impartitur, & in specie notauit Gregor. in l. 32. verbo no valdrà, vers. aduerte tit. 9. partit 6. Cuius rei illa videtur esse ratio quia cum simus, in materia fideicommissi perpetui, in familia relicti, pro filijs & hæredibus, (nam illud verbū herdeiros semper ad filios restringitur ex Costa in cap. si pater, verbo si absque liberis n 19. vers quarto principaliter) illa debet summi interpretatio, quæ naturæ actus magis conformis sit, quę est vt ad seniorem defferatur, gradus & sexus prærogatiua obseruata & sic cesset electio, per quam à familia exire potest, maxime vbi electio libera prætenditur, bonus tex in l antiquitas C. de vsufructu, vbi Imperator reijciens antiquas altercationes, legatum proprietatis, vsufructu reseruato hæredi, dicit restringendum ad personā primi hæredis, ibi, *Talem vsumfructum cum hærede finiri*; quia talia sunt prædicabilia qualia sunt subiecta, & ita legatū vsus fructus finitur cum primo hærede, ne contra vsusfructus naturam ad alios extendatur, facit l apud Iulianum § si quis alicui. ff. leg. 1. meminit Alex ad Bart. in l. boues. § hoc sermone. ff. de verbor. sign. & in l 1 nu. 84. ff. de offic. eius, Gama quæst. 59. num. 13. Molin. lib. 1. c 11.

5 Vnde idem videtur dicendum in maioratu vel capella quæ ad familiam spectat, in qua censentur vocati prius seniores cum res sit indiuidua, Molin lib. 3. cap. 1. in princ. & lib. 1. c. 3. Couar. lib. 3. resolut. c 5. nu. 3. Tiraq. de primogen. q. 17. nu 6. Gomes in l. 40. Tauri nu. 59. quare illa clausula eligendi, quia naturā maioratus violat, est restringenda ad primam electionē, arg dict. l. boues. d. l antiquitas dicitur enim casus omissus, & manet in dispositione iuris, l. cōmodissime. ff de liber. & posthum. l si extraneus. ff. condict. ob caus. cap. susceptū de rescrip. lib 6. & cessare debet extensio, de persona ad personam, l. Titius. § Lucius ff de liber. & posthum. quod cum testator nō expresserit videtur omisisse, l item apud labeonem. §. hoc edictum. ff. de iniur. Valasc. quæst. 8. nu. 34.

6 Nec

6 Nec obstat quod illa verba testamenti liberam eligendi facultatem important, ita vt in eadem clausula, & oratione videatur testatrix, recedere á prima forma, qua vocauerat agnatos, & descendentes, concedendo liberam electionem, & vltima dispositio derogat præcedentibus, l. qui filiabus ff. de leg 1. Valasc. conf. 82. nu 15. Menoch. lib. 6. præsumpt 37. facit elegans tex. in l. si tibi certam. ff. de adim. legat. vbi legata re petro, vt restituat sempronio, si postea relicta sit ijdem petro, sine mentione restitutionis, vtiq; censetur testator à prima dispositione recessisse.

7 Respōdetur enim quod in quacumque dispositione, ea interpretatio assumenda est, ex qua omnis contrarietas conquiescat, explicat pluribus citatis Tuschus concl. 144. num. 5. & seqq. Vnde cum in prima parte dispositionis, omnes descendentes vocauerit, de illoque succedendi ordine egerit, non est dicendum quod illico voluit ab hac dispositione recedere, quando vtraque clausula stare potest, arg. l. quod labeo. ff. supelect. legat. l. si in æqualibus. 12. ff. hæred. instit. Decius conf. 317. n. 4. Si consideremus quod in principio diuisa administratione, censuit illam diuisionem non perpetuam esse, sed ad vitam primo nominatorum quando sine filijs decessissent, nam si filios habuissent vterque suam partem ad illos transmitteret, quasi duo essent maioratus, instituti, filiorum enim existentia facit defficere substitutionem. l. ex facto. §. si quis rogatus. ff. ad Trebell.

Vnde quando in secunda parte electionem concedit, vt personam post se administrator eligat, non pugnat cum prima clausula quæ descendentes vocat, quia ita debet accipi vt electio illis primis vocatis concessa, non intelligatur, vt eligere valeant extraneos, sed vnum ex filijs, ne dicamus quod in continenti se corrigit, gloss. in l. non ad ea 88. ff de condit & demonstr. vt clausula sequatur natura dispositionis in qua ponitur, ex Alex. conf. 129. lib. 2. Oldra conf. 245. nu 2. quæ interprætatio ex natura rei, & aliquando loci desumitur, Mantica de coniecturis lib. 6 tit. 8. nu 6 & 9 & illa potius sequenda coniectura quæ magis iuri accedit, Crauetta conf. 35. nu. 24. Ne alias dicamus illam priorem clausulam frustra positam, ita vt primo vocati ex filijs eligere valeant, non vero extraneos quibus capellæ administratio relicta non est.

Nec obstabit quod hæc electio primis concessa, inter liberos videtur perpetua, ita vt ad omnes transeat, vt paulo infra innuunt illa verba, *porem o possuidor*, quæ ad omnem possessorem diriguntur etiam extraneum vt alias verbum, *possuidor*, accipitur in Ordin. lib. 4. tit 100. in princ. quia satisfit illa verba declarari debere per sequentia; ibi, *E isto auerà lugar em elles ambos*: quibus suam voluntatem apperuit, ostendens quod electio ad alios nō extendebatur ne sibi ipsi contraire videantur, & ex eadem ratione nō debent obstare vltima verba, *E isto durarà para sempre*; quia ex materia subiecta non debent referri ad proxime dicta, sed ad totam dispositionem capellæ, quasi dixerit quod illud vinculum sic constitutum perpetuum sit non vero electio perpetua.

8 Cui resolutioni nō obstat temporis spatium quo hæc capella per electiones possessa est, quia licet succedendi modus, vel vt vna linea alij præferatur per quadraginta annos mutari possit Cabed decis 121 num. 2. Molin. lib. 2. c. 6. nu 26. Valasc. conf 95. nu. 4. & conf. 132. nu. 17. Doctor. in cap cum de beneficio de præbend. lib. 6. Surd. conf. 140. libr. 1. num. 45. Gama decis. 345. numer. 215. Pelaes libr. 4. quæst. 20. nu. 63. idem Valasc. conf. 111. nu. 8.

Tamen

Tamen in præsenti non sufficiens temporis spatium effluxit vt præiudicium successoribus generari potuisset, ex quibus Senatus censuit Actricem sororem seniorem non obstante nominatione vltima possessoris præfedam. Scriba Chaues.

SVMMARIA.

1 Grauamina processus inferioris senatus an reponantur in superiori.
Moniales sunt personæ miserabiles nec possunt ad Curiam trahi. ibi.
2 Miserabiles personæ citantur coram Præside quando sunt in eodem loco.
3 Moniales licet iurisdictionem habeant non ideo amittunt suum priuilegium.
Interpratata Ordinat. lib. 3. titul. 5. §. 3.
4 Litis pendentia non datur vbi datur diuersis petendi modus.
Agens pro violentia oblato libello videtur recedere à forma summaria.
5 Super proprietate & possessione rei non potest ad diuersos iudices iri.
6 Rex Lusitaniæ ex concordia inita cum Prælatis cognoscit de violentijs.
7 Extraordinarium remedium per viam violentiæ ad Regem nunquam tollitur.
Interpratata Ordinat. libr. 2. titul. 1. §. 2. an imponat necessitatem agendi in sæculari.
8 Sedimina seu passalia ecclesiarum dotalia bona sunt, nec possunt alienari.
9 Passalia vnitæ ecclesiæ in emphyteusim concedi possunt, ac quæcumque alia bona ecclesiarum.
Passalia si ecclesia vniatur desinunt esse dotalia, & alienari possunt. ibi.

DECI-

DECISIO XXII.

An successor in emphyteusi ecclesiastica passalium ecclesiæ vnitæ debeat restitui si contingat à domino spoliari, ad Ordin.lib.4.titul.58.



POssidebat Didacus de Sousa, cum Domina Magdanella eius vxore, emphyteusim prædecessoribus eius datã passalium cuiusdã ecclesiæ quæ vnita erat monasterio de Loruão. Cumque ab vxore quæ secunda vita erat, ipse in tertiam esset electus, cum translatione possessionis tempore ipsius obitus, moniales dict. Monasterij possessionem dict. emphyteusis occuparunt, deturbato à sua possessione d. Didaco, qui coram Curiali Præside Portuensis Senatus, litem instituit, intra annum iuxta formam Ordinationis libr.2. titul.1.§.2. Cum tamen iam eo tempore coram iudice executore bullarum, cui causa vnionis & emphyteuticationis prædictæ commissa fuerat, cum clausula vt possessores in sua possessione tuerentur, agere cæpisset, qui cognitionem causæ assumpserat, censurasque prætextu dict. violentiæ promulgauerat, Moniales iudicij in competentiam opposuerunt, eo quod iudicem habebant, & erant Reæ, gaudebantque priuilegio Ordinationis lib.3. titul.5.§.3. Cui exceptioni cum non fuisset delatum, in Senatu fuit in processu supplicatum, & tandem in fauorem Actoris sententia promulgata fuit, à qua cum fuisset supplicatum circa tria versabatur huius causæ labor. Primo circa grauamen in processu interpositũ: secundo circa litis pendentiam in iudicio conseruatoris: tertium circa merita an Actori competeret restitutionis beneficium ad possessionem à qua deturbatus proponebatur.

Et circa primum illud aduertendum est, quod ob resecandas litigantium fraudes, quibus lites fiunt immortales, nostra lege Regia sancitũ est, ne á qualibet interlocutoria liceat prouacare, vel supplicare, ad superiorem nisi certis enumeratis casibus vt per Ord. lib 3. titul.20. per totũ in reliquis qui ordinẽ processus respiciunt libera cõceditur iudici facultas ordinandi, & disponendi dict. titulo.§.46. qui si circa hũc processus formandi ordinẽ partem læserit, in eodẽ processu suum grauamen exprimit, & exponit, vt quando acta, & processus ad superiorẽ per appellationem deffertur illud grauamen reponatur iuxta Ordinationẽ lib.3.titul.20.§ 38.& §.47.& tit.5.lib.1. §.6. & quando causa illa ad Senatum aliquo modo deuenit, etiamsi ad aliũ finem, quia tunc etiam reponi debet parte petente, vt per Ordinat. d. titul. 20. §.fin. & libr.1.tit.16.§.1. & in dubium reuocari solet an grauamina processus illius qui in inferiori senatu ordinantur, possint in superiori supplicationis senatu reponi, causa ad eum delata, & stylus recipit defferendum cui consonat Ordinat. Regia libr. 3. titul 70.§.8.& titul.84. §.11. & libr.1. titul.6.§.4.& 20.& titul.58.§.27. vnde fit quod licet incompetentia iudicij per legem Regiam solum per instrumentum grauaminis expediatur, de quo est Ordinat.libr.3. titul.20.§.9. & lib.1.

libr.1. tit.6.§.9. Tamen ab in competentia senatus inferioris cui ibi delatum non est potest supplicari in processu, vt in maiori curia defferatur quando causa in illam introducitur. Ex quibus in hoc grauamine processus videbatur monialibus prouidendum, quæ iuste conquærebantur se non posse ad curiam trahi, quia moniales sunt personæ miserabiles Cabed.decis. 54.& Valasc.alleg 65. à nu.35.& alleg. 66 Rebuff.1 tom.fol 295. Castillo lib. 3. quotid.controuers. cap.25. à nu 17. Quibus priuilegium competit vt coram suo ordinario iudice pullari debeant quando Reæ sint Ordin. d lib. 3 titul.5.§.3. l.vnica C quando Imperator inter pupillum. l.3.titul.10. part. 2.vbi gloss.6.& l.8.titul.3. libr 4 nouæ recopilat.vbi Azeued. Cabed. 1. part. d. decis.54. & 173.& 213 n.3.Benincas de priuil. pauper.quæst.5.nu.41. Mascard. conclus. 1061. Bobad. in Polit. lib.3.cap 14. num 75. Trintasinquius variar.resolut. libr.2. titul. de citatio. resolut 2 num.25.

2 Nec obstat Ordin. d.loco dum disponit, quod miserabiles personæ viduæ, & similes in causis violentiæ declinare non posint, ad suum iudicem, ibi, *Saluo se acontenda for sobre força noua guarda & deposito soldada ou jornal porque nestes casos poderà o Autor ainda que priuilegiado não seja demandar per ante os Corregedores de Corte*, vbi videtur electionem iudicij committere actori, vt similiter disponit eadem Ordin.lib.3. titul.6.§.5. Quia Ordin.d.§.3 procedit quando Præsidis curialis tribunal est in eodem loco, ibi, *Se o ditto Corregedor ou juyz estiuer no ditto lugar aonde se a tal demanda deuia tratar*, supponens quod si alibi degant non possunt trahi ad iudicium Præsidis, vel iudicis nouarū actionum, nec aliud probat Ordinat. Regia lib.3.titul.12.§.1.vbi hanc distinctionem non facit quia debet vna per aliam explicari.

3 Nec pariter obstabit quod dict. moniales dominæ terrarum, & iurisdictionum sunt, quo casu nullo fori priuilegio gaudent ex Ordinat lib.3. titul.5.§ 3.in fine, ibi; *Porem se as viuuas ou molheres honestas que nunca forem casadas tiuerem iurisdição não gozarão dos priuilegios outorgados por esta ordenação ás viuuas.* Cum ergo moniales tanquam honestæ mulieres viduarum gaudeant priuilegio, illud vtique non habent, quando alicuius Castri vel iurisdictionis dominæ existunt, Couar. practic. cap 7.nu vlt. Quia satisfit, quod verba illius Ordinationis non videntur cōuenire monialibus, quæ iam sponsæ Christi D maximi sunt, quibus insimul cū priuilegio honestitatis competit, priuilegium miserabilium personarum, vnde licet tanquam dominę & potentiores reputentur non tamen ideo amittunt priuilegium honestatis & miserabilium personarum quod ex alio capite illis competit. Deinde quia illa Ordinat agit de mulieribus in sæculo, & in ditione Regum, non vero de monialibus, quibus licet competat iurisdictio in communi non tamen in indiuiduo prout lex Regia requirit. Ex quibus causa monialium circa iudicij, in competentiam videbatur iusta, & in grauamine processus illis prouidendum, verum cum in hac incompetētia sola versaretur simplex nullitas quæ ab vrbe, & ab orbe hodie exulat, vt in Hispania testatur Gregor. l.10.titul.4. part.3.apud Italos Afflict. decis.372.apud nos Gama decis.324.& 237. Valasc. cons. 65. ad fin.& de iur. emphyt.q.6.num.14. & de parti.c.39. nu 72. Et causa sit introducta in senatu ad quem erat ventura, vel hoc vel illa iudicio finiretur, circa causæ merita iudicandum placuit.

4 Secundum dubium erat litis pendentiæ, cum circa eandem possessionem coram iudice cōseruatore actū fuerit, verum nec huic exceptioni

 defferendum

defferendum censuimus, quia nõ erat idem petendi modus, quia coram cõseruatore actũ fuerat vt censuras promulgaret virtute Bullæ, cuius ipse erat executor. At vero in iudicio Præsidis, actum erat ordinarie pro violentia cõmissa, & cum sit diuersus petendi modus, non inducitur litis pendentia, argum. l. cum quæritur ff. de re iudic. nec de iudicio summario ad plenariũ litis pendentia datur, l. pen. ff. de his qui sunt sui, l. à diuo. §. si super rebus ff. de re iudic. Barbosa in l. diuortio. §. fin. nu. 55. Lara de capel. fol. 395. num. 91. Surdus de aliment q 127. num. 5. & 6. sicut alias ex mutatione cuiuslibet qualitatis, causa petendi diuersa iudicatur, Gofredus de testib. conclus. 1. à nu. 5. Suar alleg. 5. nu. 4 Gutierr. pract. lib. 1. q. 71. Cabed. arest. 83. sicque accipienda est Ord. lib, 3 tit. 83. ibi, *na causa da appellação rezão noua*, Peres l 4. tit. 11. lib. 3. fol. 673. Valasc. conf 65. Nec obstabat quod in materia violentiæ summarie proceditur ex Ord. lib. 3. tit. 48. ibi, *procedão em os feitos dellas, sem ordem nem figura de juyzo*, Cabed. decis. 72. idem titul. 33. §. 4. & in illo tit. 48. §. 2. & titul. 58. & lib. 4. tit. 54. § fin. quo admisso in vtroque iudicio summarie agebatur, quia satisfit, quod etsi in sæculari pro violentia actum fuerit, tamen quando oblato libello agitur, videtur agens recedere à priuilegio causæ summariæ, & ordinarie velle agere, quia potest renuntiare priuilegio in suum fauoré introducto, Ord. lib 3. tit 33. § 6. ibi, *saluo se elle renunciar o priuilegio da reconuenção*, arg. Ordinat. lib. 1. tit. 52. §. 10 & lib. 3. titul. 18. §. 2. & lib. 3. titul. 24 in princ. nisi quando sit summarium in fauorem Rei arg. Ord. lib. 4. titul. 54. § fin. vltra alios Cabed. decis. 72 prosequitur Abb. vbi additio in cap. 1. de libel. oblation. Cotta in memorabil. verbo arbiter Azeued. ad l. 19. tit. 9. lib. 3. nu. 3. & sequentibus.

5 Nec pariter obstabit, quod super proprietate, & possessione rei, non potest ad diuersos iri iudices, cap. 1. de caus. poss. gl. magna vbi cõmunis in cap. vlt. de iudic glo. verbo indistincte in cap. 1 de sequestr gloss. 1. in cap. 1 de caus. poss probat l. nulli. C. de iudic. l. ordinarij in fine. C de rei vindicat. l. 1. ff de quibus rebus, Cuiat. lib. 2. obseru. c. 35. Cabed. decis. 32. nu. 3. 1. part facit Ord lib. 3 tit 33 §. 2. vbi durante prima lite, non potest reus in alio iudicio conueniri, super diuersa re, cap. vlt. de rescript c. dispendia eod tit. in 6 auth. & consequenter. C de sent. & inter. ex qua deducta fuit illa Ordin dict §. 2. Barbosa in l. qui prior ff. de iudic. à nu. 10. Maranta de ordine iudic. p. 4. decis. 6. nu 13 Bernardus Muscatel. in praxi part 3 gloss. actorem nu. 4. ergo à fortiori, super eadem licet proponatur diuersus petendi modus quo fundamento Ord. lib 4. tit. 58. § 1 agens de spoliato dum permittit spoliatori, vt ordinarie agere possit debet exponi vt agere possit coram eodem iudice, qui de causa possessionis cognouit, nõ vero coram alio, quia reg. d. l. nulli, etiam habet locũ licet causa possessionis iam sit finita, d l ordinarij, ibi: *prius exhibitis mancipijs de possessione iudicetur ac tum demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur*. Bart. in d. l. nulli, vbi communis ex Ias. num. 12 Iacobin num 9. Satisfit enim, quod illæ traditiones nullo modo conueniunt nostro casui, in quo Reges inuictissimi, tam attento iure, quam ex concordia, & contractu, cum Prælatis innito de violentijs cognoscunt, etiam inter personas ecclesiasticas, verba concordiæ hæc sunt, ibi, *que o costume sempre foy em este Reyno, & he, que das forças nouas que são feitas ate hũ anno ainda que seja antre clerigo & clerigo, & sobre cousas ecclesiasticas, se aquelle que he forçado o que a citar per ante juiz secular, que o pode fazer, &c.* refert Cabed decis. 82 & decis 76. nu. 4. Ord. lib. 2. tit. 1. §. 2. Valasc cõs. 162. n. 4.

Gaspar

Gaspar Roiz de annuis reddit libr. 1. quæst.17. à num.55. & ideo Rex dicitur Vicarius quem vocat Prætorem magnum, Valasc.consf.79.num.2. ibi, *Recurritur ad Regem tanquam magnum Pratorem, quia ipse est iudex, & expulsor violentiarum*; & Vicarium Dei gloss. in l.1.titul.1.part.2. adeo vt etiam super rebus spiritualibus, ratione violentiæ, se intromittere valeat defensionis gratia, Auendan. de exequend.cap.1. num.25. Guilelm. verbo absque liberis num. 45. Henriques 2. part. summæ fol. 1305. Azeued. libro.1. titul.5. l.6. num 3. Barbosa in l.Titia num.39. & 47. Gutierr.libr.1 practicar.quæst 20. Auiles prætor verbo Mandamientos, num.10. fol 53. late Zeuallos 4.part. contra communes quæst.1. nu 130.

7 Vnde licet in præsenti actum fuerit, coram d. conseruatore vt censuras proferret, adhuc coram eo iudicium non proponebatur susceptum, nec si susciperetur obstaret, extraordinario remedio, recursus ad Regem, pro violentia reparanda, cui partes nunquam renunctiare censentur, imò nec possunt in his casibus in quibus Regia potestas, vel regum indulta, vel concordiæ offenduntur, & licet verũ sit quod Ordinat.libr.2.titul.1 § 2.non imponit necessitatem, vt coram iudice sæculari, pro violentia cõtra ecclesiasticos agatur, cum liberum sit partibus iudicem ecclesiasticum vel sæcularem addire, quem malint, & respectu cognitionis debeat considerari præuentio, vt patet ex verbis illius Ordinationis, ibi, *podera o clerigo, &c.* quæ verba non necessitatem sed voluntatem designant. l. non quicquid ff.de iudic. ibi, *Non quidquid iudicis potestati committitur iuris necessitati subijcitur*, exceptis illis casibus, in quibus necessario in sæculari agendum est, vt in Ord.lib.1.tit.12. §.5. Couar.pract. cap. 35. num.2. vers. cæterum, Iacobus de Graffis decis.aur e, libr.4. cap.18 num. 138. Sese de inhibitio cap.8. § 9. n.37. Tamen in nostro casu, cum ad finem censurarum ageretur, vt tueretur in sua possessione Actor, hoc non impedit vt ipse per libellum restitutionem postulet.

8 Circa vltimum demeritis causæ placuit, Actorem restituendum; pristinæ possessioni, emphyteusis perpetuæ, quem domina Abbatissa, & Moniales spoliare non poterant, & nullitatem tituli arguere, vt restitutio impediatur, nam licet sedimina seu mansus ecclesiæ vulgo passalia, quæ in ambitum ecclesiarum cõsistunt ex Ordinat.libr.2.titul.22. ibi, *Nos assentos das Igrejas de nosso padroado, & nos passaes conjuntos a ellas*, late D. Caldas Pereira de renouatione quæst. 15. nu.15. dotalia bona censeantur, quæ alienari nequeunt à Prælatis, argum l.4.l.dotale 13. ff. de fund. dotal. Donellus libr.12. iur.ciuil. cap.20. num.26. eleganter Cuiatius tom. 3. fol. mihi 1811. de fæudis in titul. de his qui fæudum dare poss. vers. Mansum, ibi, *Mansus autem est fundus vnde quis se, & familiam suam tueri, satis commode potest*; & paulò infra idem: *Annonius Carolum Magnum, ne inopia coacti; ministri diuini cultus, in eo segnius elaborarent, edixisse, vt singulis ecclesijs mansus tribueretur vnus; quod etiam constitutionibus Caroli ab Ansegiso Abbate collectis legitur, eo addito vt pro manso illo ecclesia nullum seruitium nullum censum senioribus debeant, &c.* Cui prohibitioni accedit extrauagans ambitiosæ de rebus ecclef. Pauli veneti qua sancitum est ecclesiarum bona alienari nõ posse vltra triennium, Gama decis.vlt. in fin. quam ibi dicit receptam in hoc regno, licet agenti incumbere onus probandi extrauagantem esse vsu receptam dicat Rodoan.de rebus eccles. quæst.36. nũ.20. quæ quidem extrauagans reperitur confirmata per breue Pauli lib. motuum fol. 367. quod tamen postea

reuocatum fuit per aliud breue à Pio IIII. fol.416. de cuius explicatione, & an procedat in donatione fructuum, Caranta in summa Bullarum titulo de alienatione rerum eccles. vers tertio declaratur, Molin. disputat. 466. vers in tertio, explicat Couar. libr. 2. variar. cap.16. num.6. in fin. Castillo de vsufruct. libr.1. cap.54. numer. 25. Gutierr. Canno. cap.8. Caualcan. decis. 43.45 & 46. Cened. collectan.32. ad 6. Rodoanus de rebus eccles. quæst. 15. num. 13. Rotta in nouis decis. 14. diuersorum, num.3. Thesaur. decis. 131. num 6. Tamen sedimina & passalia ecclesiarum vnitarum adeo á prima natura deflectunt, & ius primæuum amittunt, vt posint in emphyteusim libere concedi, ac alia quæcunque bona ecclesiarum, & cum ijsdem solemnitatibus quæ regulariter requiruntur, absque eo quod necessaria sit Summi Pontificis autoritas, vt vsu receptum est, in reliquis passalibus, quæ in emphyteusim concedere Prælati volunt. Vnio enim beneficij vniti nomen extinguit, adeo vt in posterum denominetur ab eo cui vnitum est, plene notat Hostiens. post gloss. in cap.1. ne sed vacant vbi Abb.2.colum. Quod sine dubio procedit in vnione perpetua, quia tunc mutat statum, & res vnita sequitur naturam illius cui vnitur, cap. recolentes de statu monachorum, cap. visis.16 quæst.2. vbi Scribentes, & in summa. 16.quæst.1. probus in cap. super eo de præbend. in 6. faciunt quæ tradit Brunus de augmento volum.11. tractat. quæst 5. fol. 113. Mandos regula 22. quæst.12. nu 8. quia vnio temporalis potius dicitur dispensatio palliata, resoluit Cassad. super reg. quæst.31. num.5. & in titulo de vnione quæst.2. num.9. Mandos in reg.12. quæst 6. num 5. & ideo dicitur quod ordinarij non possunt vnire ad vitam, cap. sicut vnire de excess. prælator. vbi communis, Consilium Trident. sess. 24. cap.17. ibi, *vnionibus ad vitam*, nisi dicas quod hoc casu vnio ad vitam perpetua dici potest, secundum notata in l. iurisperitus ff. de excusat. tutor. gloss. in Clem. 2. de rescriptis, Panorm. in cap. quanto, colum penult. de iur. iur. Ias. in l. sufficit ff. de condict. indeb. numer. 2. Alex. cons. 206. volum.7. colum. fin. quibus causis, & quo tempore vnio præsumatur, late Menoch. libr.6. præsumptione 180. à principio.

Sicque bona dotalia ipsius, dotalia esse desinunt, & fiunt alienabilia, & libere ab inferioribus prælatis cum debitis solemnitatibus in emphyteusim concedi valent sine speciali, Summi Præsulis confirmatione: sicque percepi sæpius iudicatum fuisse in iudicio ecclesiastico, & sententiarum tenorem referam in nostro libro de manu Regia latarum in iudicio collectoris huius processus fuit. Scriba Quintal.



SVM-

SVMMARIA.

1 INter creditores hypothecarios præfertur ille qui anteriorem habet hypothecam.
Prælatio consideratur etiam ratione pignoris. ibi.
Interpretata l.is cui.ff.vt in posse. legat.§.qui prior.
In prætorio pignore creditores ex eadem causa concurrunt æqualiter.ibi.
2 Differentia non est constituenda vel prior hypotheca sit generalis vel specialis.
Interpræt l.2. Codic. de pignorib. ibi.
Creditor habens specialem & generalem hypothecam non potest vti generali nisi quando per specialem illi solui non potest,ibi.
3 Licet res posteriori creditori sit tradita prior creditor ad mittetur quia ius non metitur à traditione sed à iure.
Fiscus non præfertur prioribus creditoribus licet ipsi solum habeant specialem hypothecam.ibi.
4 Fallit in bonis post primam obligationem quæsitis.
Pariter in rebus tributarijs,ibi.
Interpræata l.fin. §. qui negotiatori.ff.qui potiores.ibi.
Pupillus præfertur quando ex eius pecunia tutor emit.ibi.
Sic pariter miles. ibi.
Vel mutuum datum est ad refectionem.ibi.
Vel quando res propria venditur cum hypotheca.ibi.
5 De iure Regio qui priorem habet hypothecam solum reuocat solutum quando ignorauit litem motam.
6 Executio non retractatur si bona debitori suppetant.
7 Prioritas in sententia non sufficit si alius præcedit in executione.
8 Interpræata Ordinat.libr.3.titul. 91.§.1.

DECISIO XXIII.

Quando concurrunt duo creditores cum generali hypotheca quis eorum in executione præferendus sit, ad Ordin. libr.3. titul.91.§.1.



VM Antonius da Costa, & domina Elisabet de Gãboa, sententiam exequerentur, habitam contra Emanuelem de Matos, pro eius executione captæ fuerunt binæ domus, & creditori in publica subhastatione addictæ, quarum statim vendidit vnam, Baptistæ de Colonia, alteram domũ Francisco de Paiua. Contra quos emptores Reus rei vindicationem intentauit, proponens nullitatem addictionis, & obtinuit, vt sibi restituerentur. Emptores contra venditorem per euictionis beneficium, insurgentes, litem mouerunt, & quia eo tẽpore Antonius da Costa obijt, contra vxorẽ pro suá dimidietate, litem fuere prosequuti, & primus Franciscus de Paiua, sententiam obtinuit, quam cũ exequi distulisset, Baptista de Colonia, Rea ad iudicium vocata, quæ statim debitum agnouit, sententiam reportauit, quã statim extraxit, & prius pro sua executione, pignorauit ream, in sententia lata in fauorem dict. Reæ, quia alia non suppetebant bona, & executionem perfecit eandem etiam sententiam in pignus accepit, d. Franciscus, & vterque contendebat, super iure prælationis (vterque namque habebat generalem bonorum venditoris hypothecam) in qua erat prior d. Colonia, qui prius sententiam habuit, opponebatq; contra sententiã secundi creditoris, quod adepta fuerat fraudulenter, & per confessionem partis, vt sibi præiudicium fieret, & insuper se fuisse legitime impeditum, ne exequeretur, per quædam impedimenta à secũdo creditore obiecta. Secundus vero creditor se perfecisse executionẽ asserebat, & præferendum ex Ord. libr.3. tit. 91. §1. pro quo Præses sententiam protulit excluso primo creditore, & quia res est dubia, & satis quotidiana in senatu notandum duxi.

1 Quod inter creditores hypothecarios præfertur ille qui anteriorem habet hypothecam, l. potior. ff. qui potiores; ibi, *potior est in pignore qui prius credidit pecuniam, & accipit hypothecam, quamuis cum alio ante conuenerat, vt si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit, poterat enim, licet conuenit, non accipere ab eo pecuniam.* l creditor eod. titul. ibi, *Creditor qui prior hypothecam accepit, siue possideat eam, & alius vindicet hypothecaria actione, exceptio prioris vtilis est, si non mihi ante pignori, hypotheca ve; nomine, sit res obligata, siue alio possidente, prior creditor vindicet hypothecaria actione, & ille excipiat, si non conuenit vt sibi sit res obligata; sic in modum supra relatum replicauit, &c.* Cujatius in Paratlita eiusdem tituli. l. si fundũ 4. l. diuersis 8. C eod. titul. l. 27. titul. 13. part. 5. Barbosa in l. 1. ff. solut. matrim. 6. part. num. 6. Strachа de decoctorib. vltim. part. num. 11. Mudeus in titul. de pignor. sub titul. quibus modis pignus à princip. Ferrar. in praxi sub tit. de forma libelli, in actionẽ hypothecaria, §. sub eadem obligatione nu. 9. Neguſ. de pignor. 2. membr. 5. part. princ. à princ. Dynus in reg qui prior de reg.

de reg. iur. libr. 6. Duenas reg. 168. à princip. Matienç. in l. 7. titul. 16. libr. 5. num. 3. gloss. 5. Gutierr. practic. libr. 5. quæst. 99. num. 6. Cassaneus in catalog. 12. part. consider. 99. in princip.

Quod quidem obtinet, etiam in pignore dato, ratione cuius de prælatione inter creditores contenditur, vel illud sit conuentionale prætorium vel iudiciale, vel vnus prætorium prætendat, iudiciale alter, vel conuentionale, l. si posteaquam. ff. vt in possess. legator. Neguf. 2. membr. 5. part. á princ. & 4. part 2. membr. nu. 32. Nec obstat l. is cui 5. §. qui prior ff. vt in possess. legat. ibi, *qui prior missus est legatarius in possessionem non præfertur ei, qui postea mittitur, inter legatarios enim, nullum ordinem obseruamus, sed simul omnes æqualiter tuemur*, l. si finita § si plures l. pretor ait. § eius rei ff de dam infect. vbi probatur admitti concursum non vero attendi prioritatem obligationis quia respondetur, quod illa iura agunt de prætorio pignore quãdoquis mittitur in possessionem, vt in titulo de prætorio pignore, in quo quando creditores ex eadem causa nascuntur, omnes concurrunt, sicque procedunt iura supracitata, quando vero ex diuerso titulo ille præfertur, qui prior est tempore dict. l. is cui. § postquam, ibi, *Postquam rei seruandæ creditores possidere cœperint, legatorum seruandorum gratiá, missus in possessionem, creditoribus potior non habebitur.* Cassan. d. consider. 99. ampliat. 10. Prateus reg. 4 15. & limit. 7.

2 Nec aliqua differentia constituenda est, vel prior hypotheca sit specialis, vel generalis, posterior vero sit specialis, vel an prior sit tacita, vel expressa l. 2. ibi. *qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea prædium ex his bonis datur. &c* ff qui potiores in pignor. habean. l. licet l. si generaliter. C eod titul. Mudeus in titul. de pignor. sub titul. sup. citato nu. 88. Neguf dict. 2. membr. 5. part. num. 14. nec aliud probat l. 2. C. de pignor. ibi, *quamuis constet specialiter quædam, & vniuersa bona generaliter, aduersarium tuum pignori accepisse; & æquale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est, ideoque si certum est posse eum, ex his quæ nominatim ei pignori obligata sunt, vniuersum dirigere debitum, at quæ postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Præses prouinciæ iubebit*: vbi posterior specialis hypotheca præfertur priori generali quatenus ex eo tex. prohibetur creditori agere ex generali hypotheca priori, nam in eo tex habebat prior creditor hypothecam specialem, & generalem, simul omnium bonorum debitoris, quo casu ratio nõ patitur, vt omissa dict. speciali hypotheca, vtatur generali in præiudicium secundi creditoris specialis, nisi casu quo per suam specialem illi satisfieri non possit, explicat Cou lib. 3. resolut. cap 18. Molin. de primogen. lib. 4 cap. 7. num. 21. Paris. conf 50 num 36. lib. 1. Conan. libr 4. commentariar. cap. 17. nu. 6. Neguf 2. membr 5. part. nu. 51. & primo membr. 3. part. nu. 20.

3 Vnde licet res posteriori creditori sit tradita, prior creditor admittetur, vt eam reuocet, vt sibi soluatur, quia ius in hypotheca acquiritur ex ipso contractu, non á traditione, l. 1. ff. de pignor actione, ibi, *pignus contrahitur non sola traditione, &c.* l. contrahitur 4. ff de pignor. sicut alias fiscus non præfertur creditoribus anterioribus, licet ipsi solum habeant hypothecam tacitam, l. vnica. C rem alien. gerent. in l. si fundum. Cod qui potiores. ibi, *potuit ergo curator tuus fundum suum cum suo onere obligare fisco nostro nam & priuato potuisset.* Neguf. 4. membr. 2. part. num. 109 Couar dict. cap. 18. numer 2. Capi. decis. 129. Peregrin. de iur. fisc. libr. 6 titul. 6. num. 16. Cuiac lib. 6. obseruat cap 4.

4 Quod tamen fallit in bonis

 post

post obligationem quæsitis quia in his fiscus præferetur. l.si qui 28. ff. de iur. fisc.ibi, *Si qui mihi obligauerat quæ habet, & habiturus esset cũ fisco contraxerit sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod & constitutum est, præuenit enim causam pignori fiscus.* l. satis notum. C. in quibus casib. pign. Prateus vbi supra limit.8. Peregrin. vbi supra numer 5. Barbos.in dict.l.1. 2.part. numer.21. & 7.part.nu.1. nec obstat l.fin ff qui potiores, vers.item in his rebus quas post priorem obligationem acquisiuit, vbi fisco præfertur prior creditrix, quia ex eo procedit quia bona quærenda erãt hypothecata specialiter, sicut aliàs ipse in rebus tributarijs præfertur pro tributis creditoribus anterioribus, nec aliud probat l.fin §.negotiatori.ff.qui potiores, ibi, *Idem debitor conductor horreorum cæsaris fuit ob quorum pensiones aliquot annis non solutas, procurator exactioni præpositus, ad lapidum venditionem officium suum extendit, quæsitum est, an iure pignoris, eos creditor retinere posset, respondit secundum ea quæ proponerentur posse*; qui tex. licet videatur probare, fiscum non præferri ob tributa sibi debita, priori creditori cum tamen præferri debuisset, quia ille ex cuius pecunia marmora empta fuerunt, solum habet prælationem in personali, alijs creditoribus agentibus personali actione, l. quod quis ff. priuileg.creditor. ibi, *vel ob nauem venditam petat habet priuilegium post fiscum*: quia ille siue ante siue postea contrahat præfertur, in personali ei qui credidit in refectionem, Gutierr. libr 5. practicar. quæst.98 num 1.Cassan.dict.consider. 99 limit.2 gloss.2.per tex.ibi in auth. quo iure.Cod.qui potiores, & est communis ex Salycet. num.3. in l.licet.C. qui potiores, ibi, *Tamen eum cuius pecunia prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum conuenit omnibus ante ferri, iuris authoritate declaratur.* Gutierr. vbi supra nu 5. Quia potest dici quod in eo tex. creditor præfertur fisco quia ipsa marmora specialiter fuerunt creditori obligata, & succedit regul. dict. l. licet, hic enim casus est exceptus sicut & alij in quibus secundus creditor præfertur priori vt in emptione militiæ, l. fin. iunct. auth. quod obtinet Cod. de pignor. Item in pupillo secundo creditore, cuius pecunia tutor emit, l. idem 7. ff. qui potiores, item in re empta ex pecunia militis. l.si vt proponis.Cod rei vindicat. item quando mutuum datum est ad refectionem domus. l interdum. ff qui potior. ibi, *Vt puta si in rem istam conseruandam impensum est, veluti si nauis fuit obligata, & ad eam rem armandam, vel reficiendam ego credidero*, prosequitur Gutierr. vbi supra num.4. Item in venditione rei propriæ quando actum est quod ipsa remaneat specialiter obligata, pro pretio, quia tunc in ea venditor necessario præferendus est, reliquis creditoribus etiam anterioribus, Anton. de Fan de pignor. 4.part. princip. nu. 33.& 2.membr 5 part. princip nu. 18. Bald.nouel.de dote 10.part. principal. in princ. num.3. Matienço d gloss. 5. num.7.

5 Attento autem Regio iure creditor vel priuilegiatus, vel qui priorem habet hypothecam soluta secundo creditori reuocat, quando ignorauit litem moueri, vel fuit absens, vel alio legitimo impedimento detentus, alias enim sibi præiudicauit, ob negligentiam quæ decisio, desumitur ex l.pen. §.1. ibi, *An ius aui sui quod tunc cum de eodem fundo ageretur ignorabat, &c.* & ibi, *puto non obstare rei iudicatæ exceptionem.* ff. de exceptio rei indic. facit l. edicto 13. §. cum autem ff. de iur. fisc. quia facile succurritur legitime impedito Paulus in l. si fideiussor.§.si in solidum ad fin. ff. de fideiuss. Alexan. in l. 4. §. condemnatum numero 17. ff.de

ff. de re iudic.

6 Et tandem addit ne retractetur semel facta executio, si alia bona debitoris reperiantur, quod intelligi debet etiamsi sint bona fideiussoris, ipsius debitoris, quia bona fideiussoris reputantur debitoris vt efficiant vnũ patrimonium, l. si plures. § præterea iuncta gloss. verbo aggregandæ. ff de fideiuss. Alex, in l. si constante. ff solut. matrimon num 3. Hippolyt. sing. 3. & in rubric. de fideiuss. numer. 179. Cassan in consuetud rubr. 5. §. 2. num. 14 Valasc cons. 13. Bertasolus de clausulis instrument. clausula 42. gloss. 8. num 6.

7 Quibus fundamentis Præsidis sententiam reuocandam duximus, constabat enim quod creditor Franciscus de Paiua qui prius sententiam obtinuit, erat posterior in hypotheca, & licet prior in sententia obtinenda tamen Baptista de Colonia post sententiam habitam insimul pignorauit, quo casu necessario præferendus erat, ex ratione Ordinat. dict. libr. 3. titul. 91. §. 1. *O que primeiro fizer execução ou penhora.*

Nec obstat quod primæ sententia fuerunt obiecta impedimenta à parte aduersa, & interim secunda sententia obtenta, & facta executio, quod prodesse non potest parti, nec nocere illi qui primò sententiam obtinuit, qui suam executionem perficeret nisi fuisset impeditus, & succedit Ordin. in §. 1. ibi, *Saluo se o que primeiro ouue sentença & primeiro for credor teue algum legitimo, & tão vrgente impedimento porque não pode executar &c.*

8 Quia illa Ordinatio, eò tendit vt conseruetur ius prioris creditoris, & est desumpta ex l. inter eos. ff. de re iudic. ibi, *Inter eos quibus ex eadem causa debetur occupantis melior est conditio, nec deducitur quod eiusdem conditionis hominibus, sicuti fit in de peculio actione, nam & sic occupantis melior est causa*, ad idem l. in iudicati. ff. illo titulo, ibi. *In iudicati actione non prius ratio haberi debet eius cui prior reus condemnatus fuerit*; nec dicit quod qui habuit prius sententiam præferatur, sed qui prius exequtionem fecerit, vnde illa verba Ordinat. *se o que ouue primeiro sentença, & primeiro foy credor*, debent legi copulatiue quasi vtrumque requiratur vt qui prius sententiam habuit sit prior in hypotheca; vel obligatione, vnde cum is qui secundo loco sententiam habuit sit prior creditor, & prior in executione, nec fraus aliqua probetur quæ concludat sententiam reuocauimus. Scriba Chaues.



SVM-

SVMMARIA.

1 *Laici in ecclesijs in quibus habent sepulturā non plus habent quam ius sepulchri & vsus ipsius.*
Locus sacer est extra cõmerciū.ibi.
2 *Sepulchra vel sunt familiaria vel hæreditaria.*
3 *Nobilibus mulieribus competit ius sedendi in nobiliori loco.*
4 *Capella duobus modis cõsideratur vel vt particularis sit in illo vsu quando laicus illam construxit, vel quando in iam constructa sepulchrum elegit.*
Si dos constituitur nanciscitur ipsius ius patronatus.ibi.
5 *Quando capella ædificatur plenū ius in ea acquiritur.*
6 *Quando iam constructa est si solū laico conceditur sepultura non habet ius prohibendi alios nisi in eadem sepultura.*
7 *In dubio quæ argumenta attendenda sint.*
Literæ in lateribus parietum incisis credendum.ibi.
8 *Successoribus implorato iudicis officio succurritur.*
9 *In seruitutibus negatiuis incipit possessio à tempore prohibitionis.*
10 *Ex nomine capellæ intelligitur ædificium materiale ipsius.*

DECISIO XXIIII.

An ex armis affixis in parietibus capellæ, & sepulchro ibi extructo competat ius sepulturæ in eo loco, & prohibendi ne alius sepeliatur, ad Ordin. libr. 4. titul. 58.

IN nobili Villa Guimaranensi in Monasterio Sancti Dominici habet Rodericus Telles de Meneses, auitum sepulchrū, in capella maiori ecclesiæ pariete affixum, vbi conditur domina Blanca de Vilhena ex Regum prosapia, à marmoris latere pendent, armorum insignia, & in fornicis lapide, æuo consumpta armorum discernuntur vestigia. Cumq; monachi alteri personæ extraneæ sepulchrum in eadē capella concedere vellent, dictus Rodericus Telles occurrit, & agēs pro violencia inter alia deduxit quod in eo loco sui maiores sepeliri consueuerant, dictamque capellā dotauerant, in probationem adferens cuiusdā antiqui testamenti verba quæ sic habēt; *Mando emterrar meu corpo em S. Domingos de Guimarães. Item mando que me não ponhão monumento alto mas feito de pedra, & metido so o chão em campa chã emcima, & escreuão letras na parede de quem sou. & quē foi meu padre. Item dos bēs de raiz tomo em parte de minha terça, à quinta de Parada deixo os dinheiros della, à minha capellā que*

que ordeno em S. Domingos de Guimarães polos quaes dinheiros de cada dia mando cantar duas missas no dito mosteiro hũa por mim, & outra por F. a quem Deos por sua piedade de o seu sancto parayso, que foy meu marido. Sententia in inferiori senatu lata fuerat pro monasterio, quasi Actor deficeret in probatione suæ actionis, causaque delata ad senatum inter alia dubia quæ in processu controuertebantur, illud primo occurrebat, an laicus sit capax acquirendi ius sepulturæ in ecclesia, vt dominus censeri posit illius, & videtur quod laici in ecclesiæ sepultura nihil amplius habere possunt, quam ius quoddam sepulchri, seu vsus ipsius, quia cum locus sacer sit & extra cõmercium ex Ord. lib. 2. titul. 24. in fine, ibi, *do seruiço das Igrejas ou mosteiros, &c* §. sacræ de rerum diuis. solus ille vsus permissus est ex Abb in cap. 1. de sepultur Rochus de iure patronat verbo in ecclesia nu. 13. Lamberti in eodem tractatu libr 3. quæst 5. art. 4. nu 1. Garcia de expensis cap 8. nu. 51. idem Abb in cap quanto de iudic & merito idem Abb. in dict. cap. 1. de sepulturis vocat patronum sepulchri, qui ius habet sepulchri, & dicitur sepulchrum hospitium in cap. Ebron 31. quæst. 2 significans quod in sepulchris laici hospites sunt, non domini, quia eorum dominium apud Prælatos residet Lamber. quæst. 1. lib. 1. art 7. nu. 4. Antoni in summa 3. part. titul. 10 cap. 1. §. 3 Hostiens in titulo de sepultur. num. 1. Medices de sepultur. 1. part. quæst. 1.

2 Hic autem vsus dupliciter competit, quia aliquando sepulchra sunt familiaria, quæ sibi quis & suæ familiæ constituit, alia hæreditaria, quæ sibi & hæredibus, vel quæ pater familias, iure hæreditario acquisiuit, l. familiaria ff de religios. & sumptib fun. & in l ius familiarium, & in l ius sepulchri 13. Cod eod titul. Molin. de primogenit. libr. 1. cap. 24. à numer. 41. pungit D. pater meus de renouat. q. 19. num. 12.

3 Quibus autem modis vel argumentis hoc ius probetur, non satis liquet, quare noto quod in ecclesijs aliqua sunt iura, quæ laicis competere possunt, prout est ius patronatus, quod ex dotatione, & fundatione acquiritur, & per se confert ius sedendi in loco honorifico in ecclesia, prout etiam competit nobilibus mulieribus ius sedendi in loco nobiliori, sicut & nobilioribus hominibus ius defferendi, pallium in processionibus & offerendi, prout etiam ius sepulchri concedi solet vbi successorum, & hæredum cum proprijs ossa honorabiliter condantur, permittit enim pia mater ecclesia, vt laici facilius alliciantur ad ecclesiarum reparationem, & ornatum, vnde diuinus augeatur cultus vt talia iura quasi possideantur in gremio ipsius, & laicos huius iuris capaces reddit.

4 Vnde duobus modis potest sepultura extrui in capella, quam quis construxit, vel ita vt dict capella maneat particularis in illo vsu, cæterosq; prohibere posit, ne ibi sepeliantur Molin lib. 1. cap. 24 num. 35 Cabed. de iure patron cap. 22 num. 5. vel quando capella iam constructa, postea ex contractu, vsui alicuius particularis personæ applicatur, vt ipse sepulchrum ibi constituat. Quod etiam duobus modis fieri potest vel asignata dote, per quam quodammodo ius patronatus ipsius acquiritur, vel asignatis redditibus pro officijs & anniuersarijs ibi peragendis, qui redditus loco dotis subrogantur, & ex dote acquiritur ius patronatus, cap. nobis de iur. patronat, Citadinis 3. part. num. 79. Abb. in cap. ad audientiam de eccles. ædif. num 11. Lamber. 1. part. lib. 1. quæst. 1. artic 10. Cabed de iur. patronat. cap. 2. num. 1. ex quo fit quod ius sepulchri est valde simile iuri patronatus, Rochus

Rochus verbo in ecclesia n.13. Molin. d.c.24.n.11. D. pater meus de renou. d.quæst. 19.n.12.

5 Primo casu non est dubiū plenū ius in d. capella acquiri, cū præcedēte contractu ædificium inchoetur, nam licet res sacræ extra cōmercium sint, nec circa illas venditio subsistat, tamen hoc casu ex contractu, non rei proprietas, sed ipse vsus seu quasi possessio illius iuris acquiritur, cuius laicus incapax non est adinstar iuris patronatus.

6 In secundo vero casu, quandò capella iam cōstructa est, tunc attendi debent verba contractus, an ipsa capella prout est, applicetur vsui laici dotantis, vt in ea sepulchrum erigat, vel sola concedatur sepultura in ipsa capella, ipsi & familiæ, citra aliud ius; & primò casu nisi verba repugnent, etiam capellæ vsus in totum concessus censetur. In secundo vero solum ius sepulchri, non tamen ex eo alios prohibere potest, nisi respectu illius sepulchri seu loci, argum. l. si quisquā ff. de diuers. & temp. ibi alium eodem iure vti prohibet Archidiacon. in cap. præcipienti 12. quæst. 2. Rochus de iur. patron. verbo in ecclesia n.17. Garcia dict. cap. 8. num. 51. Molin. d. cap. 24. num. 35.

7 Quando autem sumus in dubio, quæ argumenta attendenda sint, vt capella concessa videatur dubitari solet, & inter alia illa efficaciora sunt quæ sumuntur, ex assignatione perpetui redditus, pro diuinis in capella peragendis, tunc enim præsumitur contractum præcessisse. Secundo quod in pariete sepulchrum elatum constituatur, cum armis defuncti, arma enim affixa dominium probant ex Anchar. consil. 113. Lamber d. quæst. 5. articul. 4. num. 3. Tunc præsumitur illud factum in gloriam, & splendorem familiæ, sic pariter ex literis in sepulchro vel alibi incisis, colligitur loci & sepulchri qualitas, Specul. titulo de probatio. vers. nono. Paulus in l. si sepulchrum C. de religios. & sumptib. Mascard. conclus. 1298. num. fin. Deinde longæuus vsus, quod ibi talis persona iaceat, nec in tali loco vel capella, soleant alterius familiæ homines vel domus, sepeliri, tunc enim ex temporis cursu, censetur constituta illa obligatiò, & sola fama probabit, prout in valde antiquis gloss. in l atqui natura § qui cum absente. ff. negot. gest. Alex. cons. 4. num 12. volum 2. Gama decis. 290. num 1. Boer. decis. 39. Couar in regul possessor. 3 part § 3 num. 1. Balb. 4 part. 4. principal quęst. 29. Mascard. conclus. 546. & 224. Vnde cum in pręsenti dict. D Blanca iuberet, vt eius corpus in sepulchro humi conderetur, & in pariete simul literæ pingerentur, manifeste ostendit, se tam soli quam parietum esse dominam, quia scriptura in pariete non fit citra nomen domini, circa vsum illum seu quasi possessionem, argum. l. 1. C. nemini licc. signa. Imper. l. si basilicam de oper public. Bart. in tract de insignijs & armis circa princip. Lamber. d quęst 5. art. 4. num 7.

8 Quo supposito cum ex verbis testamenti, armis & testibus satis probetur, dict. capellæ vsum ad D. Blancā spectare eiusque successores, restat, vt sciamus an illa, vel eius successores possint prohibere, ne eo loci alię personę extraneæ sepeliri possint, & sequendo supradictam distinctionem, resoluendum est, quod si concessa sit simplex sepulchri licentia, vtique tanquam particularis concessio, nō egreditur suos limites, nec alios prohibet, nisi in suo sepulchro, si vero vel capella á defuncta constructa sit, vel post constructionem dotata, & ibi defuncti nomine officia perpetuo peragantur, arma & insignia in parietibus, & locis eminentibus reperiantur, si de alia concessione non constat, præsumendū

est

est priuatiuè ad alios posidere, & alios prohibere posse, ne eodem sepulchro & capella vtantur vnde fit quod si vel iure sui sepulchri spolietur, vel alius etiam loco inferri velit, posint succesfores implorato iudicis officio restitui l attilius ff de donatio, Menoch. remed.vlt recup nu 3 & 37. vbi de sepulchro agit Flores ad Gamam d decis. 290. seu 239. vbi Flores Lara in l. si quis à liberis ff de libet agnosc nu 32. Cæpola de serui.cap.71 n.10 eleganter Bart l.2 §.hic eius ff de oper publi. Menoch remed 15. recuper. nu.47, & remed. 1. nu 444. Zeuallos 4 part quæst. 879 num 256.

9 Nec obstabit quod in seruitutibus negatiuis vt quasi possessio acquiratur, requiritur quod aliqua à principio intercedat prohibitio quoad alios vt ab illo tempore incipiat quasi possessio, vt habet gloss in l qui luminibus o. ff de serui vrbanor ibi, *Non tamen incipit currere quo vicinus capit ædificare, & tu prohibuisti*., Ripa in l. quo minus nu.31 ff de fluminib & in cap. cum ecclesia num 50 de caus.possess. Balb de præscriptio. 4 part. 5 princip. q.5 adeo vt nec per mille annos amittat vicinus facultatè ædificandi gloss. in d l. qui luminibus per l. cum eo ff, eod l.altius C.de serui vbi Angel. Iaf. in §.æque num 41, instit de actio. Gail pract. lib.2.c.69.n.8. Otalora de nobilit.2.part.3. princ c.2. nu 6. Mascard. conclus.1330. Satisfit enim, quod qui sepulchrum habet, in capella perpetuo prohibet alios, illo iure vti, cum dominus sit, possessioque sua seu quasi, non incipiat à prohibitione, vt in negatiuis seruitutibus, respectu vicini, sed à tempore quo sepulchrum erectū est in capella, quia tunc non acquirere intendit in re vicini, sed propriæ rei & vsui incumbit, in quo in consequentiā prohibet, quando alius se ingerit, quia tunc ingredientem in domum suam repellit, & illo iure vti prohibet.

10 Ex quibus ex testamenti verbis quibus suam capellam vocat, ibi, *minha capella*, cui dotem dict D Blanca de Vilhena constituit, iunctis alijs adminiculis, aperte constitit illam eiusque successores ius habere prohibendi alios, imò pleno iure esse in quasi possessione illius, quia ex nomine capellæ intelligitur, ædificium materiale ipsius vt ex Baro notat Lara de anniuers lib 2.cap 1.num.1 quod quidem testamentū quod monachi apud se ipsos habebant illos constituebat in mala fide, arg Ord.lib.3. tit 27.§ 3. & lib.4 tit 79. in fine principij. & lib. 1 tit.62 § 38. Cabedo de iur patron c. 10 nu.9 & cap 7. num 2. quia contra proprium instrumentum apud se servatum non potest allegari ignorantia l. non est ferendus. ff. de transactio. Balbus de præscript. 2 part. 3 princip. q 10 num 26. Decius cons.267 ad fin. Purpuratus cōs.172.n 3. 1.part. Cabed. decis.109.2.part.nu.4 & hac male fide probata nec per mille annos sufficit posidere Palatius in repetit. cap notab 1 § 1 nu 7. Couar in reg possessor 2 part §.8.num 4. Balb.de præscrip d. 2.part 3 princi. q.10. nu.26. Valasc de iure emphyt q.8 nu.25 & cons 95 n 9. idem Cabedus decis.9. 2.part. num.7.

Ex quibus fundamentis sententia reuocata fuit Portuensis senatus ad iudicato vsu seu quasi possessione dict. capellæ maioris dict. Actori, & vim illi cōmissam fuisse à monachis dum extraneas ibi sepelire personas volebant. Scriba Chaues.

DEC.

L SVM-

SVMMARIA.

5 Electio concessa in successione maioratus debet intelligi inter æquales gradu.

6 Semel electus ad maioriam iuxta formam institutionis se, & suos descendentes cõstituit in quasi possessione illius parentellæ.

7 Nominatio non constituit consanguinitatem, sed facit eam præsumi.

8 Ex quasi possessione alicuius iuris transfertur onus probandi contrarium in aduersarium.

9 Successores à primo instituente capiunt nouo iure in sua persona formato.

10 Nominatio soli nominanti præiudicat non vero tertio.

11 Constituto aliquo possessore in rei possessione non solũ ipse, sed omnes eius successores admissi censentur.

11 In persona primi acquirentis omnes successores intellectualiter comprehenduntur.

12 Quasi possessio consanguinitatis ad omnes descendentes transit.

12 In seruitutibus continuis discontinuis, & negatiuis quomodo ius acquiratur.

13 Successores illius qui est in quasi possessione illius iuris non tenentur de nouo probare suum ius.

14 Lite pendente potest vnus ex litigantibus dominum addire, & ab eo impetrare titulum absque vitio attentati.

15 Quando successor rei vindicationem mouet potest illi obijci defectus dominij.

16 Cursus 40. annorum in maioratibus præscribendis non sufficit.

17 Primo nominata acquirit ius agnationis præsumptione iuris sibi, & successoribus.

18 Qui habet iuris præsumptionem hanc possessionem consanguinitatis non repellitur nisi à parte aduersa contrarium probetur.

19 Non probata incapacitate successoris vel non iure ipsius debet in sua possessione tueri.

DECI-

DECISIO XXV.

An possessor maioratus possit per contractum alium post se nominare ad maioratum, & nocere proximiori, si ille non probet se à sanguine institutoris descendere, ad Ord. lib. 4. tit. 100. §. 2.

CVM maioratum ex bonis suis constitueret Aparitius Domingues, hęc verba subiunxit; *Quero que succeda Ioão Lobo meu netto, & não tendo filhos ou netos lidimos, que venha de sua linagem, ao mais chegado, & mais velho, & mais proueitoso para isto, & que melhor possa manter a ditta capella, & para não auer contenda, mando que aquelle ou aquella que tiuer a ditta capella, que ante que morra jure sobre os sanctos Euangelhos, que bem & verdadeiramente nomeara sem mais bandoria, aquelle, ou aquella, que a ditta capella ouuer de filhar, que seria da minha parte, & que descenda da minha linha direita, que a metão em posse della. E quando não jurar, ou não quizer jurar, ou não puder, farão a ditta escolha o Bispo de Euora, ou o Prior que então for de S. Pedro com dous da linhagem, que descenderem da minha linha, & escolhão hum da linhagem de Ioão Lobo, o melhor & mais conuenhauel, & o mais chegado, & mais proueitoso para isto; & que venha da minha linha.*

Deuenit maioratus ad maiorem Loba, quæ cum sine descendentibus decesſiſſet, nominauit iuxta formam institutionis, Dominam Beatricem Loba, suamque asseruit esse consanguineam iuramento, à qua successio delata est ad eius filium, qui in vita (quia carebat legitima sobole) per cōtractum ad Indos discessurus, Dominū Hieronymum Coutinho nominauit, qui ex nobilissima Lupporum familia trahit originem, cumque apud Indos diem clausiſſet extremum, soror absentis domina Mariana de Sousa, litem mouit, D Hieronymo vt maioratum dimitteret, quia in eius successione ipsa præferenda erat. quia proximior vltimo possessori, vltra quod ipsa ab Eborensi Archiepiscopo electa fuerat; ad maioratum in forma institutionis. Reus allegabat inter alia, quod ipse nominatus fuit ab vltimo possessore, & se de genere Lupporum esse, & vltimo quod Actrix carebat actione cum non probaſſet, se esse de familia institutoris, sicque succedere iura vulgaria vt Actore non probante reus absoluatur, l hos accusare. C. de edendo l. vlt. C. de rei vindic. Contra Reum lata est sententia quæ confirmata fuit in Senatu, à qua cum reuisio peteretur placuit sententiam non reuidendā, mihi & D. Ludouico Mendez Barreto, & quæstionē huius processus in quatuor diuidendam duxi.

1 Primo, an ex illis verbis testamenti electio concessa sit, inter omnes de familia, vel inter pares gradu

2 Secundo, an illa electio facta à maiore Loba, in qua iurauit se iure, & recte eligere matrem Actricis, sequtā possessione 40. annorum, eam constituerit in quasi possessione parentellæ.

3 Tertio, an Actrix potuerit pendente lite nominationem ab Archiepiscopo Eborēsi obtinere, iuxta formā institutionis sine vitio attentati.

4 Quartũ, an Actrici modo agẽti (tanquam proximiori) possit obijci, quod non sit de parentela agnatione, & linea testatoris.

5 Et quoad primũ notanda sunt institutionis verba quæ non liberam concedunt eligendi facultatem, sed inter æquales gradu, ibi, *o mais chegado & mais velho, & mais proueitoso para esto*, quæ verba vt aliquid operentur debent exponi vt electio sit inter æquales, nam si maior natu semper præferendus est, cessat electio. Quare solum illum sensum admittunt, ne libere eligere liceat, vt in l. cum quidam. ff. de legat. 2. l. vnum ex familia § si de lege falcidia. ff. eod. sed inter gradu æquales dignior præferatur cæteris, qui sit dignior, & habilior descendens, á testatoris linea effectiue sumpta, vt explicat Menoch. libr. 4. præsumpt. 88. num. 11. & cons. 233. nu 18. lib. 3 & diximus late supra decis. 8. quasi dixerit quod eligat ex proximioribus seniorem, & inter æquales proximitate, & ætate vtiliorem maioratui, vnde non simpliciter inuitata est proximitas sine ætate, nec ætas sine vtilitate, nec data est libera eligendi facultas vt eligat quem velit, vt in d. l. cum quidam ne dubitemus an stare possit talis cõcessio propter in certitudinem personæ, arg. l. duo sunt. ff de testam. tutel. nam hæc concessio restringitur ad certum genus personarum á quibus eligat consanguineos, scilicet, inter quos data paritate gradus ætatis habeatur ratio, & vtilitatis quasi inter consanguineos sit vltimus possessor arbiter constitutus qui vtiliorem præferat, arg tex. in l. fęminæ. C. de secundis nuptijs, ibi, *dummodo ex his tantũ sit quos tali successione dignissimos iudicamus*, Gloss. Bart. & Doct. in d. l cum quidam ff. de legat. 2. late Palat. in rub. de donatio. § 75. in princ. Gomes in c. 2. nu. 23. de cõstit. lib. 6. Gomes in l. 17. Taur. n. 18. facit cap. licet ergo. 8. quæst. 1. ibi, *Ex omni populo qui doctior' qui sanctior*, Tiraq. de primogen quæst. 17. Molin. lib. 2. cap. 5. num. 50.

6 In secũda quæstione maius inest dubium, & videtur dicendum, quod quando vltimus possessor iurat, & sequendo institutionis formam eligit aliquem, quem putat & credit cõsanguineum, ex illo actu sequta lõga possessione, constituitur in quasi possessione illius parentellæ, quia nominatio parentis respectu filij, si non plene probat filiationẽ, saltem quasi possessionem illius iuris inducit, gloss. 1. in cap. per tuas de probatio, & in l. non epistolis. C. eod. gloss. in l. pen. ff. eod. communis, ex Duen. reg. 341. Couar. de sponsalib. 2 p. c. 8 § 3. nu. 7 Menoch. de arbitrar. cas. 87. num. 37. Mascard. conclus. 790. à princ.

7 Quia licet agnatio vel consanguinitas denotet aliquid naturale, quod à natura & origine procedit, ac proinde non possit ex sola nominatione effici, l. Cayus 12. ff. de iur. patron. l. assumptio. ff ad municipal. illud quidẽ procedit, quãdo agitur de cõstituenda consanguinitate, non vero de ipsa pręsumenda aduertit Mascar. vbi sup. n. 31. Vnde hoc sine dubio procedit, in nominatione iunctis alijs adminiculis, veluti iuramento nominantis, in casu sibi permisso, qui noscere consanguineos præsumitur, & illum nominat in actu qui solũ conuenit consanguineis, & iuramenti sacramento roborat, arg. eorũ quæ Mascard. conclus. 793. agens de filio qui nominatur & instituitur, cum institutio sit actus soli filio cõuenniens l. quidam 132 ff de verbor.

8 Vnde fit quod extra dubiũ videtur, quod illa nominatio vltimæ possessoris, nominatã matrẽ actricis constituerit in quasi possessione parentellæ, ex qua probãdi onus contrariũ, in aduersarios trãstulerit, in specie obseruat Mascar. cõcl. 411. n. 15. Paleot. de nothis cap. 22. nu. 5. Valasc. cons. 176. nu. 21.

qui

qui quasi possessori hæreditatem paternam adiudicandam censet, quia illa quasi possessio fundat agentis intentionem etiam in proprietate, Otalora de nobilit. 2. part. 3 principal cap. 10. vers. breuiter, Garcia de nobilitat. gloss. 8. numer. 11. nisi quando repugnet primus status vt per eundem ibi num. 8.

9 Obstat tamen quod illa præsumptio, & qualitas quæ pro primo nominata vrget fuit personalis, quæ ipsius personam non egreditur, quia ad successores extendi nequit, qui non ab ipsa sed à primo instituente capiunt, nouo iure in sua persona formato, & non transmisso à prædecessore, l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de vulgar. Alex. cons. 44 num. 1. lib 1 & cons 26. num 4 lib 5. Molin lib. 1 c. 8. à num. 2. D Caldas Pereira de potestate eligēdi 3 p cap 16. nu 3. Nudo enim tantum iure fungitur nominans seu eligens l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2. ibi, *Quid enim est quod de suo videtur reliquisse qui quod reliquit omnino reddere debuit*, Paulus ibi num. 2. Decius cons. 548. num. 8. inducens tex. in l. item eorum. §. si decuriones. ff. quod cuiusque vniuersitatis nomine. l. ita autem §. gessisse. ff admin. tutor. l. pater in fine ff de manumiss vindict. ibi, *solam enim electionem filio commisit, caterum ipse manumisit*, pluribus exornat D Caldas Pereira 3 p. cap. 16. à num. 3.

10 Secundo obstat quod illa quasi possessio in qua nominatus, vel habitus pro consanguineo constituitur, operatur respectu nominantis nō vero tertij, explicat Masc. conclus. 411. num. 18. vel quando ex sola quasi possessione aliquod ius incidenter prætenditur, non vero quando principaliter ad acquisitionem agitur, Otalora dict. cap. 10. à princip. vers secundo facit argum. l. 2. §. quędam ff de interdict. & l 3. §. hoc autem. ff. de itinere, actuque, quia quodammodo hæc habent connexam causam proprietatis, vt nō sufficiat sola quasi possessio nisi & proprietatis ius probetur; maxime quando testator in institutione ex sua linea descendentes vocat, quæ qualitas in quolibet successore examināda est, cum ab eo accipiat non ab vltimo possessore vt per supracitatos.

11 Sed adhuc his non obstantibus, verius est quod constituto primo possessore, in quasi possessione ex sua persona, ius formatur in singulos successores, nam cum illa qualitas præsumptione iuris sanguini inhæreat, in omnes successores diriuatur, consideratur enim inter illos quidam status, in quo omnes de sanguine admittuntur, & cōstituuntur in successiuē, quia ille locus non personas respicit, sed agnationem & familiam, & in persona primi acquirentis omnes futuri successores intellectualiter comprahenduntur, & continentur iuris fictione, sicut alias traditio in maioratibus facta primo, non censetur illi solum facta, sed etiam omnibus sequentibus, argum l. 2. Cod de acquir. possess. in terminis Tellius l. 27. Tauri num. 2. & in quacumque concessione generaliter Imola in l. ex facto §. si quis rogatus 1. colum. 3. ff ad Trebell. adeo vt non requiratur rati habitio sequentium, sed sufficiat primi acceptatio, vt dominium in sequentes transire possit, alias enim cogeremur dicere, dominium rerum maioratus, esse in pendenti, nisi in sequentem, & vocatum successorem continuaretur, Valascus de partitio. cap. 31 numer 10. & cap 30. numer. 24. Cabed. 2. part. decis. 8. idem Valasc. cap. 13. numer. 129. quæ est singularis explicatio ad l. Herenius. ff. vsur. de quo Costa in tractat. de success. regni fol. 145. Gama decis. 308. numer. 6. & decis. 356. Gomes. l. 40. Taur. numer 74. Pelaes de maiora. libr. 4. quæst. 24. num. 2.

12 Nec

12 Nec obstat secundũ quia potius contrarium est verius, quod consanguinitatis quasi possessio, quæ in persona primi acquirentis, semel constitit, ad omnes eius descẽdentes trãsit, cũ eodem effectu; continuatiuè quia inter eos consideratur quidam status à quo deijci non possunt, cap. querellã de electione cuius status, quasi possessio, ex primo actu acquiritur qui effectum sortitus est, cap cum ecclesia de causa possess. cap. consultationibus de iur. patron. cum vulgaribus, Abb. in d. cum ecclesia num. 23. Ripa 52. Oldradus cõsilio 312. circa finem, Federicus conf. 134. Balbus de præscriptio. 1. part. 5 principalis. §. octauo quæro, num. 1. Lambertinus de iure patronatus lib. 2. part. 1. quæst. 3. artic. 11. nu. 5. Aymon conf. 124. nu. 7 Gutierr. consil. 3. nu. 1. & conf 4. num. 32. Couar. practicar. cap. 39 num. 6. Selua de beneficio 2. p. quæst. 7. Thomas Tribius decis. Veneta 54. libr. 2. num. 1. Caputaquensis decis. 337. num. 6. parte 2. Achiles de Grassis decis. 5. de iure patronatus, Mascardus conclus. 173. num. 8. & 9. Rotta decis 7. num. 1 part. 2. diuersorũ septem requisita adducit Gonçales gloss. 45. §. 2. à num. 30. quæ necessaria sunt vt iste vnicus actus quasi possessionem producat.

13 Vnde licet de iure sit differentia in acquisitione quia in seruitutibus continuis ex vnico actu, quæritur quasi possessio, cum patientia aduersarij, quia non præsumitur quis sine titulo illo iure vti, l. 1. §. quod autem ff. de acq. quotid. In discontinuis itineris vel actus, non nisi per 30. dies continuata sit possessio, l. 1. §. hoc interdicto. ff. de itinere quia præsumitur, quod iure familiaritatis bis aut semel transiuit. In negatiuis vero non à tempore vsus, sed à tempore prohibitionis, vnicus actus enumeratur, Paulus in l. si forte. § sciendum. ff. si serui vindic. Otalora dict. cap. 2. num 6. In nostro casu res est posita extra dubium cum non per 30. dies, sed per 60. annos, continuata fuerit primo nominatæ possessio, quoad ipsa vixit, nullo ex consanguineis contradicente. Ex quo fit quod singuli successores qui in locum primi nominati subrrogantur, & substituuntur non tenentur suam quasi possessionem de nouo probare, partibus auditis, ita vt de illo iure constituendo amplius controuertatur, sed per nudam facti probationem de illo statu seu quasi possessione in possessorio iudicio, non vero de proprietate docere, ne deterioris fiant conditionis quam fuerit eorũ prædecessor, quem in statu & sanguine cum suis qualitatibus referũt in iure patronatus semel coram ordinario iustificato dixit Gonçales gloss. 18. num. 26. praxis Neapol. cap. 63. num. 3.

14 In tertio an detur attentatũ eo quod Actrix lite pendente adijt Eborensem Archiepiscopũ à quo nouum titulum & concessionem impetrauit, & obtinuit, & puto non committi attentatum, quando actor lite pendente á superior acquirit titulum quo coadiuuet intentionem iam fundatam sicut alias non dicitur attentare emphyteuta qui pendente lite ad dominum recurrit, Cabed. decis 120. nu. 8. Staphil. de signa. iustit. fol 416. num. 1. sicut alias alienans lite pendente non attentat Cabed. vbi supra numer. 5. Hercu. de attentatis cap. 12. numer 5. Stephanus Garcia decis. 70 quia vt cõsideretur attentatum debet aduersarius spoliari aliqua possessione, vel turbari, vel amoueri ab statu in quo erat lite pendente, Rotta noua decis 2. titul. de rest. spol. num. 1. quod non datur respectu noui tituli, cuius confirmatio pendet á futura causa, & sententia, Cabed. vbi supra num. 6.

15 In quarto tandem an Actrici possit obijci quod non sit de sanguine vel linea defuncti, non obstante quod eius

eius mater per 40. annos possederit, & videtur posse, quia licet attento iure Hispano, ex l. 45. Tauri, possessio ciuilis transeat in sequentem in maioratu, ratione cuius competit remediū adipiscendæ contra simplicem detentorem, vt per Gomes ibi num. 118. & seq. tamen in hoc regno, nulla ciuilis possessio transit, in maioratus successorem, atque ideo ordinariè debet agere rei vindicatione, & translatione dominij, quod acquisiuit ex persona primi possessoris, cui etiam nomine sequentium possessio tradita censetur, in quo iudicio omnia possunt obijci, quæ tale dominium eneruant, cum præscriptio ordinaria non sufficiat ad acquisitionem rerum maioratus, l. 2. C de vsucapio. pro emptor. l. fin. § sed quia, & § sin autem. C. commun. de legat. Gomes. l. 40. Taur. nu. 81. & secundum communem immemorialis requiratur cursus de quo latius infra dicemus.

16 Vnde cū in nostro casu actrix rei vindicationem intendat, dominium debet plene probare, alias reus absolui debet, l. fin. C. de rei vindicat. Barbos. in l. si alienam num. 5. ff. solut. matrimon. vbi plura exempla in ijsdē terminis, & fuit Angel in l liberorum ff. de his qui notant, Abb. in cap. peruenit qui filij, Ias. in l. neque professio num. 3. C. de testam. Alciat. reg. 1. præsumpt. 49. num. 2. Rolandus cons. 32. nu. 1. libr. 1. Couar. 2. part de sponsalib. cap. 8. § 3 num. 1. Surdus cons. 1. nu. 62. Quare cum Actrix, solum quasi possessionem alleget, non probat dominium quod proprietatem denotat, nec illi prodesse potest quod suam quasi possessionem per 40. annos continuatam doceat; quia illa possessio longissimi temporis in maioratibus non transfert nec directum nec vtile dominium, cūm immemorialis sit necessaria licet inter ipsos de familia, vel circa modum succedendi 40. annorū spatium sufficiat, quia eo casu non contra maioratum sed præter ipsius prohibitionem, præscribitur, Cabed. decis. 121. sic debet accipi Aret. cons. 23 col. 4. Crauet. de antiquit 4. part. in princip. num. 4. & 5. differentia nu. 9. Duen. reg. 140. Caualc. 1. part. decis. 11. num. 48. Imò nec videtur quod ex ea possit acquiri quasi possessio quia per possessionem continuatam, per tempus á lege diffinitum, acquiritur vel dominium directum, vel vtile secundūm gloss. in auth. tricennale. C. de bon. matern. At vero hoc casu ex possessione habita dicitur acquisita quasi possessio consanguinitatis, cum dominium seu proprietas in rebus maioratus quæri nequeat illo tempore, ergo ex possessione quæritur possessio, quod videtur absurdum cum debeat esse diuersa causa, ab eius effectu, & in hoc casu vna & eadem res est causa. & effectus sui ipsius, & sic datur præscriptio possessionis causata ab ipsa possessione, quare videtur dicendū quod in rebus maioratus, nec talis quasi possessio acquiritur sed quilibet, qui prætendit successionem ex sua persona debet agere, seque habilem ostendere, non vtendo possessione prædecessorum quæ nihil conducit.

17 Verum his non obstantibus dicendum est, quod primo nominata à qua Actrix causam habet, per nominationem factam, & per alia adminicula, de quibus supra acquisiuit, ius agnationis præsumptione iuris, qua stante tām sibi quam successoribus ex se, idem ius communicatur, & sicut in persona primi acquirentis, transferri debuit onus probandi contrarium in aduersarios, sic pariter in persona successorum, debet aduersarius illam præsumptionem iuris elidere, quia ex persona successorum non mutatur ius l. 1. C. vt ab hæred. & contra hæred. l. 2. §. ex his ff. de verbor. obligat. & ex illa quasi possessione per prædecesso-

res continuata acquiritur quidam status in quo omnes successores positi considerantur, cap. querellam de electione, Caualcan. decis. 44 nu. 2. & 15. 1. part. & in tractatu de tutore nu 272.

18 Quare in præsenti casu quia Reus detinebat res maioratus ab alia familia possessas, quãdo proximiorem vltimo possessori repellere volebat, oportuit vt probaret Actricem non esse de familia, primi institutoris, quod in præsenti factum non extitit, sicque debet accipi l fin. C. de rei vindicat. vt non procedat quando pro agente adest iuris præsumptio, quia ipsa sola legitimam efficit probationem gloss. in l. si tutor petitus. C. de peri tutor. l si quis locuples ff. manumiss. testam. & in l. licet Imperator. ff. de leg 1 l. 3. C. de apochis pub. libr. 11. Alex. consi. 126. vol. 6.

19 Insuper Reus tantum abest, quod de deffectu actionis agentis opposuerit, quinimò illius ius agnouit, & approbauit dũ in contrarietate ait, se nominationem habere factam ab vltimo possessore qui frater erat Actricis, seque adstruit recte ab vltimo possessore nominatum, & in forma institutionis, quod quidem est in fratre Actricis approbare legitimum ipsum fuisse successorem, quæ legitimitas ad Actricem ipsius sororem legitimam porrigitur cum ab eodem stipite descendant, quam tamen nominationem non rito factam, & contra formam institutionis satis patet cum Reus sit extraneus Cum ergo de viribus vtriusque nominationis agendum sit, non est dubium actricem tam ex sua persona, tanquam proximiorem, vltimo possessori quam ex nominatione præferendam cum nihil reus opponat de ipsius & prædecessorum in capacitate, imó cum se defendat nominatione habita ab vltimo possessore, non potest obijcere deffectum ipsius, cum ab eo causam habeat, ex Bart. in l si vrbana prædia. ff. de condit indebit. Gama decis. 16. Et vltra supradicta Rei nominatio alio laborabat vitio de quo Molin de primogen. lib 2. cap. 5. num. 41. & seqq. Atque ex his reuisionem cum D. Doctore Luys Mendes Barreto Iurisconsultissimo viro denegandam duximus.

SVMMARIA.

2 AN posit vinculo maioratus subijci emteusis.

Emphyteusis perpetua maioratui subijci non potest. ibi.

3 Contra legem contractus emphyteutici est, vt emphyteusis alienari valeat.

Emphyteusis continetur in restitutione fideicommissi. ibi.

4 Contraria verior opinio.

4 Emphyteusis sine domini consensu nullo modo potest maioratui applicari.

5 Emphyteusis etiam liberæ nominationis non continetur in vniuersali fideicommisso.

6 Explicata sententia Ripæ.

Fideicommissarius vniuersalis non est heres licet habeatur loco here-

hæredis. ibi.

7 *Praxis obseruat emphyteusim perpetuam posse maioratui supponi.*

8 *Exemplar vt fidem faciat quæ requirantur.*

9 *Commissi delictum non egreditur personam committentis.*

Exploditur sententia Caroli Ruyni. ibi.

Exploditur sententia Menochij. ibi.

Exploditur sententia d. patris mei dum sentit dominum qui emphyteutam non expulit posse expellere eius hæredem per exceptionem. ibi.

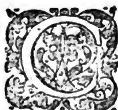
10 *Emphyteuta non potest alium sub se constituere domino in consulto.*

11 *Sententia lata contra legitimum contradictorem successoribus nocet.*

12 *Per commissum possessoris priuantur successores spe successionis.*

DECISIO XXVI.

An dominus directus qui in emphyteusim concessit domos maioratus, posit illas reuindicare, quando possessor sub vmbra sui tituli eas alij in emphyteusim concedit, Ord. lib. 4. titul. 38.



CVM M. possessor maioratus d'Oliueira domos d. maioratui annexas in emphysim perpetuam concessisset, ab antiquo Sanctio Gomesio do Auelar certa statuta pensione. Contigit quod hic vtilis dominus maioratū pariter suorum bonorum instituit, & eas domos in fideicommisso, & vinculo inclusit, quæ omnia non apertis documentis ostendebantur, sed per argumenta quorum erat primum, quod ostendebatur quædam sententia habita tempore Regis Alfonsi, apud quem conquæsti fuerant successores primi institutoris, quod bona dict. maioratus do Auelar non sufficiebant ad subeunda maioratus onera, & ideo aliquod ex oneribus iniunctis erat diminuendū, qua occasione Dominus Rex informationem suscepit, & ibi fit earum domum mentio. Deinde aliud erat argumentum, quod cum huius capellæ bona, in monumento (vulgo tombo) describerentur, hæ domus ibi descriptæ reperiuntur, & sub horum titulorum vmbra, & fide, tanquam res maioratus posidentur, quo tandem euenit, quod ab hinc 24. annis maioratus huius, possessor eas sub emphyteuticauit sine domini directi facultate, tuncque dominus directus contra vtilem egit, obtinuitque sententiā vt rem dimitteret ex commissi causa, & titulo iudicati hodie posidebat per spatium 20. annorum.

1 Modo nouus successor maioratus do Auelar, agit aduersus dominū, domos petit & ipsarum vtilitatē quæ suo maioratui erat vnita ab antiquo, id comprobans authoritate sententiæ Regis Alfonsi, & monumenti publici, & quod

& quod sententia, commissi sibi non obstabat, sed illi solum præiudicium generasse asserebat contra quem lata fuit, maxime quia non se legitime defendit, & sententia habita proponebatur per confessionem possessoris, qui suam omisit defensionem, in qua non potuit sequentibus præiudicare, sententia coram Præside lata est in fauorem Rei, quam senatus reuocauit, reuisio tandem petita fuit & concessa, & placuit sententiam Præsidis confirmandam, & reuocandam senatus, & in processu sequentia dubia discussa fuere.

Primum, an emphyteusis perpetua posit domino irrequisito capellæ vniri.

Secundum, an sit sufficiens argumentum vnionis, & consensus domini dict sententia Regis Alphonsi, & monumenti verba.

Tertium, an possessor emphyteusis ex commissi pæna successoribus noceat.

Quartum, an sententia contra possessorem lata successoribus noceat ita vt impediat ingressum causæ.

2 Et quo ad primum an posit vinculari maioratui emphyteusis variè iudicatum dicit Gama decis. 70. vbi in fine ait quod si sit perpetua emphyteusis non potest subijci maioratui, secus si sit generationum, quia tunc saltem ad vitam possessoris, valet annexio, contrarium dicit decis. 214. facta distinctione supra posita quod emphyteusis ad vitas vinculo maioratus subijci nequeat, si vero sit perpetua posit, in quo certe sibi repugnat, hanc vltimam decisionem vsu, & praxi senatus receptam dicit Cabed. decis. 130. Sed fateor quod ego non satis percipio quomodo hæc nostrorũ pragmaticorum traditio, sustineri valeat, cum videam quod licet emphyteusis perpetua sit diuidua, & hæreditaria, iuxta Ordinat, lib. 4. tit. 96. §. 23. & licet ob id videatur posse maioratui subijci, tamen esse talem non sufficit, quando applicari nequit maioratui citra alterius præiudicium, prout est domini directi, cuius laudemia fraudantur, & prælatio quando rem venditam maluerit retinere secundum ea quæ resoluunt Doctores in l. fin. C. de iur. emphyt Tiraq libr. 1. retract §. 9. gloss 3 Caldas Pereira de extinctione cap 16. num. 93. Iacobin. in Auth. qui rem num. 164. C de sacros. eccles. & licet emphyteutæ liceat nunquã alienare, nec de eo dominus posit conquæri, tamen dũ res redditur in alienabilis tollitur naturalis potentia, sicut alias venditio potest fieri sine translatione dominij. l. rem alienam ff. de contrahenda emptione, & tamen ea lege non fit venditio ne transferatur, l. cum manu sata. §. vlt. ff. de contrahend. empt. cap. vltim. de condit. appositis.

3 Deinde contra legem cõtractus emphyteutici est, vt talia bona alienentur, & subijciantur oneribus maioratus, & fideicommissi, ita vt ex redditibus emphyteuticis sint soluẽda opera pia, anniuersaria, & similia, quod repugnat naturæ emphyteusis, & concessionis cum emphyteusim alienare vel hypothecare non liceat, maxime quando hypotheca fiat cum traditione rei, explicat Negusan. de pignor. 3. membr. 2. part. nu. 78. Caldas Pereira de extinctione cap 5. num 77. quæ in hoc casu omnino intercedit, vlterius considero quod si dominus prohibeat ne talis emphyteusis immittatur in maioratu valebit prohibitio Cabedus 1. part. decis. 130. num fin. pariter ergo dicendum est in tacita prohibitione quæ inest, cum taciti expressi idem sit iudicium. Nec obstat opinio Ripæ in l. familius fam. §. diui n 90. vbi Alciat. num. 21. ff de leg. 1. dum ex Bart. sententia, in l. si domus §. fin. ff. illo titulo, & in l. si patroni. ff. ad Trebell. & in l. cum

l. cum virum. C. de fideicommiss. sentit emphyteusim posse directo relinqui per fideicommissum, veluti si hæres grauetur mihi restituere defuncti bona, in tali restitutione etiam includetur emphyteusis, Bart. in d. l. si patroni num. 3 & 4. prosequitur Valasc. de iure emphyt quæst. 48. per tot. ergo & maioratui supponi vt per fideicommissum defferatur.

4 Quia re bene perpensa cõtraria sententia videtur verior cum Rolandino libr. 1. cons. 96. num. 11. quod emphyteusis maioratui nullo modo supponi valeat, ex rationibus à me à principio assignatis, vt regula constituenda sit negatiua, emphyteusim nullo modo posse maioratui vniri, sine domini speciali consensu, id enim qualitas rei exposcit, & contractus emphyteutici, nam si emphyteusis est ecclesiastica, ea ad extraneos non transit, §. emphyteusim in auth. de non alien. col. 2. Valasc. d. quæst. 48. num. 2. & ideo nec in fideicommissarium ex Bart. in d. l. si patroni num. 4. Molin. libr. 2. cap. 10. post num. 71. Si autem concessa sit in tali forma vt ad extraneos hæredes transire possit, vt dicit Valasc. dict. quæst 48. num. 5 prout in hoc regno ex vsu recepto omnes emphyteuticæ concessiones ad extraneos transire possunt, vt dicit Gama decis. 50. num. 6. (aliter tamen Valasc. cons. 157. num. 6.) adhuc obseruandum est, quod etiamsi consideremus emphyteusim esse liberæ nominationis.

5 Tamen in vniuersali fideicommisso, comprehendi non potest, nisi aliud accedat, quia cum mediante nominatione emphyteusis, acquiri debeat, & non aliter, ita vt si nominatio expressa, vel tacita à lege inducta non detur, emphyteusis ad dominum reddeatur, Ordin. libr. 4. titul. 36. §. 2. incipit *& finandose*, vtrinq; sequitur quod nullo modo nisi præcedente nominatione acquiri possit, vnde hæres nominatus, & grauatus vniuersali fideicommisso, nullo modo tenebitur restituere emphyteusim, quam à testatore non accepit, sed à primo concedente, qui modum nec cõditionem adijcere potest, vt illam restituat Petro, quia ille qui sola nominandi facultate vtitur nihil de suo donat, licet in eum cui donat videatur beneficium conferre, dũ nominatum eligit, tamen nominatus à primo concedente accipit prosequitur late Gama decis 5. D. pater meus de nominatio. quæst. 8. num 9. & 12. vbi omne grauamen remouendum à nominatione dicit, nisi quando à nominato acceptatum fuerit, tunc enim ex nouo contractu obligari potest, vt modum vel conditionem adiectam adimpleat, non vero quando nulla acceptatio præcessit, quæ omnia à fortiori procedunt, in emphyteusi, de pacto & prouidentia, vel alia quæ ad certam personarum speciem tantum transire potest. Quod si sit perpetua emphyteusis, & hæreditaria adhuc consideratur illud graue domini præiudiciũ, circa prælationem, & laudemij præstationẽ, & contra specialem prohibitionem contractus, ne alienetur argum. tex. in dict. §. diui, ibi, *sed hæc nec creditoribus nec fisco fraudi esse*; ergo & à pari ratione nec domino directo, cuius magis interest rem conseruari per se, & non vniri propter facilem cõmixtionem, qua per temporis cursum potest in totum amitti.

6 Vnde dum Ripa intelligit res emphyteuticas in fideicommisso generali contineri posse, illud intelligitur naturaliter, dum quærimus an appellatione bonorum veniat emphyteusis, de quo Tiraq. de retract. titul. 1. §. 1. gloss. 3. & in l. vnquam, verbo bona num. 14. D. pater meus de potest. elig. cap. 4 num. 1. Surdus decis. 93. num. 3. ita vt in restitutione contineri possit, datis terminis habilibus, accedente domini consensu, vel quando emphy-

teusis

teũis sit empta ab vtroque coniuge, vt quia tunc in restitutione fideicommissi vniuersalis continebitur, æstimatio partis testatoris vt eleganter declarat dict. D. pater meus cap. 17. nu. 17. vel quando iubeat testator restitui hæreditatem suam Petro, quem etiam nominat ad emphyteusim, est enim iuris indubitati quod fideicommissarius vniuersalis, non est verus hæres, licet habeatur hæredis loco, ex l. marcellus. l. postulante. ff. ad Trebell. ibi & haberi hæredis loco, pro qua parte restituta ei hæreditas fuisset, prosequitur Alex. lib. 2. cons. 8. vnde D. pater meus de nominat quæst. 8. num. 6. infert quod fideicommissarius non censetur nominatus, quando hæres instituitur iuxta Ordinat lib. 4. titul. 36. in princip. iuxta regulam. l. magnam C. de contrah. vel committ. de cuius explicatione latissime de nomin. q. 10. nu. 9. & seqq.

7 Ex quibus in rigore cauendũ dicerem à Ripa in d. l. filiusfamilias §. diui. ff. de legat. 1. Cabedo dict. decis. 130. Molin. lib. 2. de primogen. cap. 10. num. 71. Gama decis. 70. 218. & 214. Flores in dict. decis. 70. & alijs eorum opinione in eum sensum accepta, vt generaliter emphyteusis transeat in fideicommissarium vniuersalem, nec enim potest ex ea traditione bene inferri, quod emphyteusis potest maioratui supponi, cum in fideicommisso contineantur, res testatoris, in quibus nihil obstat vt transmittantur, at vero in emphyteusi versatur domini directi præiudicium, cuius res sine eius consensu ad aliam personam transfertur, vt sub diuersi tituli vmbra possideatur, supposita oneribus maioratus, cum tanto ipsius præiudicio, licet non diffitebor quod praxis obseruat in emphyteusi perpetua maioratum posse constitui quod quidem seruandũ est, & hæc praxis confirmatur ex his quæ Menoch. cons. 504. à num. 3. libr. 6. & cons. 158. numer. 65. libr. 2. Hippolyt. Rymin. Iun. cons. 18. libr. 1. Bursatus cons. 48. num. 23. Parlador. differ. 73. num. 11. Gama & Cabedo vbi supra D. pater receptarum quæst. 28 num. 72. quod ampliauimus ad rem censualem vt de ea fiat maioratus, quia si in re in qua vtile tamen dominium est possessoris hoc admittimus á fortiori in re quæ in totum est possessoris, sic iudicauimus in processu Ioannis Lopez cũ Baltasare do Sisto scriba Quintal, & constabat ibi censum solui Regiæ coronæ, & Vicecomiti eius donatario, & eo non obstante valuisse vinculum.

8 In secunda quæstione senatui placuit illa monumenti verba non sufficere, quia licet regulariter probent, vt per Doctores in cap. cum causam, de probatio Valasc. de iure emphyt quæst 9 num 26. Tamen in præsenti obstabat, quod exemplar vt faciat fidem, indiget pluribus, primum quod detur legitima causa transcribendi; secundo quod fiat authoritate iudicis; tertio quod iudex videat originale; quatto quod fiat citata parte, de cuius præiudicio agitur, Abb. & Doctores in cap. 1 de fid. instr. auth si quis in aliquo C. de edend. Alex. cons. 112. lib. 4. Nec sufficit verba seu capitula truncata offerre, quia scriptura non debet ædi per partes, Doctores in rubr. ff. de noui oper. argum. l in ciuile ff. de legibus, quia in monumento sine partium citatione possunt omnia describi, non tamen hoc sufficit nisi partes audiantur, vt sic constet de dominio, quia descripta in libro censuali non probant rem esse meam quoad tertios, Bald. in l. censualis. C. de donatio, idem Bald & Salycet in l solemnibus. C. de rei vindicat. Alex. cons. 10. lib. 4 Zazi cons. 1. nu. 52. nec insuper conducebant verba sententiæ, principis enunciatiua quia, licet in aliquibus probent, & pro lege habeantur sententiæ regum Clem. 2. de probationi, l. fin.

l.fin C.de legib. l.nemo.C.de sententijs & interlocutio, Gama decis. 174. nu.10. tamen non probant vbi ad aliũ finem proferuntur,& vbi verba ad partis postulationem enuntiatiue emanarunt, late Surdus cons.505. nu.8. & quod requiratur vt probent cons.546. vbi late licet probent in pijs, Bart. in l.1. §.cum vrbem. ff.præfect. vrb. Tiraq. de pia cum priuil. 86. videndus Barbos. in l.si alienam.nu.75.ff.solut. matrim.& D.Caldas Pereira de nomi. q.1.nu.33.idem Gama decis.287 nu.3. & in verbis Principis decis. 333. explicat Cassan.cons.10 nu.30.

9 In tertia dubitatione quæstio est bimembris, an scilicet commissi pœna transeat ad successores, vel an cõmissum incurrens ex altera ex pluribus causis, iure expressis, sibi solum noceat, vel etiam successoribus, ita vt in eo omnes amittant spem succedendi. Primo casu receptum est crimen tanquam personale, non transire ad hæredes delinquentis, dixit seruari Gama decis.17. á nu.2.& decis 83. nu. fin. & decis.175. quem cum alijs citat D.Caldas Pereira de extinctione emphyt.q 18 nu.29. quod sine dubio procedit quando dominus sciuit cõmissum, tacendo enim eo casu videtur remisisse,alias secus, Menoch.cons.248. nu.8.lib.3.& 304.nu.7.Clarus §.fæudũ q. 64. Corbulus in titulo de priuat.ob non solut.Canno ampliat.45. Osascus decis.29.& 132. Gabriel lib.7.cõmun. conclus.35.á nu.3. Sicque exploditur sententia Caroli Ruyni cons.159.n.13. quod etiam domino ignorante extinguitur caducitas, quem ex sententia Bursati confutat D.Caldas Pereira vbi sup.nu.31. quia eo casu non ex delicto agitur sed ex cõtractu actione in rem, quæ sequitur quemcumque possessorem vt ibi nu.32. Sic pariter exploditur sententia Menoch. cons. 304. qui putat caducitatis pœnam ipso iure transire ad hæredes,quia falsum est,cũ domini declarationem desideret, qui si sciuit & tacuit videtur remisisse; ex quo etiam mihi valde suspecta redditur doctrina Gregor.in l.10. titul. 4. part.5. quem sequitur dominus pater meus d.quæst.18 num.fin. vt dominus qui de commisso contra defunctum non egit, possit nihilominus per exceptionem hæredem repellere, quod videtur ab omni ratione alienum, vt delictum extinctum reuiuiscat vt de eo excipi possit, cum sit notissimum quod exceptio durat quandiu principalis actio sublata non est, quia temporalia ad agendum sunt ad excipiendũ perpetua quãdiu principalis actio non proponitur extincta alias enim secus, sicut videmus quod actio perpetua eneruatur re à bonæ fidei possessore præscripta longo tempore, ita vt maneat inefficax prima actio breui tempore quæ in longissimum esset duratura.l.1.C si aduersus creditorem ibi, *diuturnum silentium longi temporis, præscriptioni corroboratum, creditoribus pignus per sequentibus inefficacem actionem constituit si debitores, vel qui in eorũ iura successerunt, obligatæ rei possessioni incumbant.*

10 In secunda parte quod noceat delinquẽs omnibus successoribus post se, etiã in emphyteusi quæ ad certas & nominatas personas venire debet, tritissimi iuris est, prosequitur doctissime D.pater meus de extinctione cap. 19. à num.3.& 16. Nec obstabit quod in præsenti commissum in cursum fuit ex sub emphyteuticatione,quam tamen constat fieri posse, domino irrequisito, & sic non videtur ex ea causa potuisse priuari emphyteutam, vt sensit Valasc. de iur.emphyt. quæst.13. num.11.ex sententia Specul. Azonis & aliorum quos ibi citat, quia verius videtur non posse emphyteutam alium sub se constituere,domino inconsulto, ex Ias.nu.110. in l.3. C.de iur. emphyt. Roman. sing.181. cannonistæ in cap.

M nulli

nulli. §. nos igitur de rebus eccles. Paris. cons. 85. nu. 7. lib. 3. idem Ias. in l. 3 nu. 73 ff. de acq. poss. Berous post Imol. in cap. potuit de locato nu. 106. Valasc. d. quæst. 13. num. 11. & quæst. 38. nu. 7. nisi sub emphyteuticandi concessa fuerit facultas, Campesius de dote 1. part. numer. 39. Fabian. de emptio. quæst. 28 num 14 libr. 1. Cuius rei illa est ratio quia per sub emphyteuticationem omne ius emphyteuticũ transfertur, in accipientem, nihilo penes primum remanente ex Ias. post gloss. & Alex. in l. 3. §. ex contrario num. 35. ff. de acq. possess. idem Ias. in l. 2. n. 151. Cod. de iur. emphyt. Ryminal. cons. 124. num. 4. libr. 1. & cons. 380. num. 11. libr. 1. Socin. cons. 256. volum. 2. & cons. 96. volum 3. Bart. num. 3. Alex. 5. in l ex asse. ff. ad Trebell. Afflictus in cap. 1. §. 1. de Capitul. Conrradi num. 17. ex quo resoluit Acursius in l. fin. verbo alijs vendere de iur. emphyt. emphyteutam vendentem, domino directo laudemium soluere debere, non vero emphyteutæ vtili à quo causam habet Valasc. dict. quæst. 38. num. 25.

11 In vltima quæstione sine dubio videtur esse vt sententia lata contra legitimum contradictorem successoribus noceat Doctores in l. sæpe ff. de re iudic. per tex. ibi Molin. de primogen. libr. 4. cap. 8. Couar. pract. cap. 13. per tot. Tiraq. titulo res inter alios num. 55. & 57. faciunt quæ D. Caldas Pereira de renouat. quæst. 10. num. 18.

12 Ex quibus cũ non constitisset legitime dict. domos fuisse maioratui annexas, imò ex apochis præsentatis appareret pensiones domuum ab omnibus hæredibus receptas fuisse, quod repugnat esse maioratui annexas, quia tunc soli possessori domino directo pensio solueretur, maxime quia constabat abhinc 60 annis retro diuisas fuisse, inter hæredes, ex cuius temporis cursu apparet diuiduas esse, inter cohæredes, & non maioratus, ex his quæ Valasc. cons. 95. numer. 4. & cons. 132. num. 17. & insuper sentẽtiam latam contra dictum possessorem, successoribus nocuisse, quia etiamsi res emphyteutica maioratui adiungatur, censetur sub ijsdem qualitatibus, & conditionibus quæ de ipsius natura procedunt, prout est vt amittatur si canon domino non soluatur, quia sub illa conditione censetur illi, & successoribus concessa, vt singuli soluant, alias sequentes in non soluente priuentur iure sibi in spe obuenturo; ideò placuit vt etiamsi hæc domus maioratui subesset, recte domino fuerit adiudicata, atque ex his sententia senatus reuocata est confirmata alia præsidis in gradu reuisionis. Scriba Chaues.



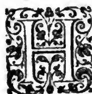
SVM-

SVMMARIA.

1  *A quæ Regium patrimonium attingunt reseruantur iudicibus Regij patrimonij.*
Priuatiue cócessa iurisdictio quãdo dicatur ibi.
2 *Explicata Ordin. lib. 1. titul. 9. in fine princ.*
3 *Literis acceptatis videtur debitũ expirasse respectu acceptantiũ.*
Acceptatio literarum non nocet quousque perfecte soluatur. ibi.
Si creditor longius spatium concedit suo periculo facit. ibi.
4 *Incompetentia nunquam continet nudam nullitatem.*
5 *Institores an suo vel domini nomine contrahere censeantur.*
6 *Suo nomine contrahere videntur institores. ibi.*
Procurator in dubio censetur procuratorio nomine contraxisse, ibi.
7 *Contra institores nulla competit actio.*
8 *Quando institores distrahunt nulla dubitatio est quod nomine domini faciunt.*

DECISIO XXVII.

An institores acceptato mandato domini ad soluendum, finito negotio, teneantur in sua persona, vel dominus.

 Abet inuictissimus Rex Portugalliæ in prouintia sanctæ Crucis, vel Brasilica ex Summi Pontificis cócessione, & priuilegio, omnes decimas, tanquam magnus magister ordinis Domini nostri Iesu Christi, quas locauit Gabrieli Ribeiro, ex quibus decimis Arcis Præfecto redecima constituta, & assignata est, ita quod quando Regis decimæ locantur statim in ipso contractu habeatur, ratio redecimæ, quam idem conductor soluere debet Præfecto arcis.

Contigit quod d. Gabriel, procuratores seu institores constituit, in dict. prouintia, cum mandato amplissimo, & facultate alios constituendi, ad omnia quæ in negotiatione emersissent; quibus præsentatum fuit mandatum Prouisoris generalis, quo iubebat vt procuratori cuiusdam Claræ Gomez, vxoris Emanuelis de Palacios, duodecim mille nummos exoluerent, quia erat conductor redecimæ, quæ capitaneo debebat exolui.

Institores acceptato mandato creditori consignarunt solutionem, in quibusdam sacari prælis, ex quorum redditibus sequentibus annis, non minimam debiti partem creditor, consequutus est, rebusque sic stantibus, accidit quod Gabriel Ribeiro decoxit, qua de causa tota negotiatio, cũ persona conductoris concidit, decimæq; de nouo, nouo conductori traditæ fuere.

 Tunc

Tunc d. Clara Gomez egit contra institores, vt sibi soluerent, virtute acceptationis factæ, ipsi se defendunt quod eorũ obligatio respiciebat mensam, & negotiationem, qua ipsi nomine sui constituentis, contraxerant, ad quem dirigebatur ipsa obligatio, in Brasilica prouincia contra Reos sententia lata est, quæ reuocata fuit in senatu illius prouinciæ in iudicio coronæ & Regij patrimonij, á qua sententia prouocatum extitit, & in hoc senatu per expeditores grauaminum reuocata fuit sententia senatus Brasilici, confirmata prima quæ Reos damnabat, à qua cum reuisio peteretur, concessa fuit, & circa causæ discussionem, sequentia in senatu ventillata fuere.

1 Et primo paulisper immorandum ducebant peritissimi patres circa iudicij expeditorum grauaminum incompetentiam, eo quod ea omnia quæ Regium patrimonium attingũt, etiam inter partes iudicio Regij patrimonij reseruantur, ex cap. 13. Regiminis. §. vltimi ibi, *E bem assi todas as cousas que pertencerem a nossa fazenda, & della dependerem per qualquer via que seja posto que as taes demandas sejão antre partes, & nos sejamos ja pagos, auemos por bem que pertenção aos dittos veadores da fazenda, & elles conheção dellas por aução noua ou appellação*; quibus verbis iurisdictio priuatiue ad alios concessa est, explicat late Menoch præsumptio. 18. 2 p. num. 19. Doctores in l. 1. C. de offic. præfecti vrbis cuius explicationem prosequitur Barbosa in l. 1. articul. 4. ff. de iudic. numer. 113. & seqq. quia quando circa iurisdictionem concurrunt concessio generalis, & specialis, eodem tempore, sic iurisdictione distributa quilibet priuatiue in sua iurisdictione electus censetur, ex reg. l. solemus. §. latrunculator ff. de iudic. ibi. *latrunculator de re pecuniaria iudicare non potest*, l. quæro. ff. de solutio, l. 2. C. de executor & exactor libr. 12. quia iurisdictio diuisim concessa secundũ qualitates diuisas illum priuatiue sequitur cui commissa est Doctores in l. Titiæ textores. ff. de legat. 1. Barbosa vbi supra num. 120. l. 1. C. de offic. proconsul ab speciali, ibi, *legati non solum ciuiles sed etiam criminales causas audiant*, Vantius de nullitatibus ex deffectu iuris ordin. num. 177. Carauita ritu 295. num 18. Aymon cons. 411. à num. 28. lib 3. Barbos. vbi sup nu 125.

2 Nec obstabit Ordinat. libr. 1 tit. 9. in fine princ. ibi, *Porque se a demanda for antre partes que não neguem nossos direitos não pertence o conhecimento do tal caso aos juyzes dos nossos feitos da corôa*; quia procedit in iuribus regalibus quæ alterius ordinis sunt, in quibus iudici Regio cognitio non denegatur, quando lis inter partes moueatur, quia eo casu nullum principis vertitur præiudicium, sicque procedit Ordinat. libr. 2. titul. 35. §. 7. & lib. 4. titul. 36. §. 6. dict. titul. 9 §. 4. ibi, *não se tratando de periuyzo consideravel que possa vir a nossa corôa*; at vero in causis regij patrimonij etiam quando inter partes versantur potest aliquando, vergere sententia in præiudiciũ principis, sicut in præsenti, vbi contendebatur super solutione sallarij, debiti capitaneo, & regis interest de hoc cognoscere quia euacuata d. conductoris obligatione, ipse Princeps tenetur de suo soluere, atque ideo ratione recursus contra regem, vt soluat, causa interesse regis intuetur.

3 Nec pariter obstabit quod dict. Præfecto arcis solutio facta proponitur, per acceptationem mandati à dictis institoribus acceptati, quia qui tradit apocham debiti, acceptante creditore, vere liberatur, quia acceptans de nouo obligatur, iuxta l. filius. ff ad maced. Bald. in l. quo debito. Cod de bon. auth. iudic. possidend. nam cum literæ sint expeditæ & acceptatæ, breui

breui manu videtur creditori fuisse numeratum, & ab eo iterum penes campsorem depositum, Foller. ad Marant. part 6. actu 6. num. 50. quia satisfit quod mihi semper magis placuit, non nocere creditori acceptationem, quousque illi perfecte soluatur, l. si literarum, & ibi Bald. C de solutio, ibi, *Si literarum Aurenonis cõtemplatione, quas ad Aristonem de numeranda tibi pecunia dederat, recepisse te scripsisti debitũ ab Aristone mandato, non impleto, cum pe-titio debiti maneat integra, nihil legitimam exactionem impedire potest*. Rotta Genuens decis. 2. numer. 10 Menoch. libr 3. præsumption 134. num. fin. late Bursatus cons 39 lib. 1. vbi solutionem requiri effectu defendit, vnde si post acceptatas literas colybicas mercator decoxit antequam soluat adhuc prior expeditor literæ tenebitur, l. itẽ illa. § vetus ff de constituta pecunia, quia adhuc solum constitutum inter vtrumque initum est, l. vbi quis 28. ff. eod. non enim nascitur delegatio nisi recipiens literas quitationem præstet prioris debiti, & sic debet explicari Afflict. decis. 353. vt habeat locum reg l. 3. C. de nouatio videndus Surdus decis. 23. numer. 7. eleganter Bursatus d cõs. 39. lib. 1. Mãtica de tacitis libr. 17. titul 7. num. 5. quod sine dubio procedit dũ creditor apocham tradens non longius spatium elargitur, quam in ipsa ad soluendum continetur, quia prorogato termino suo periculo facere censetur. Quod si quis objiciat quod in nostro casu, ex facto creditoris spatium concessum est debitori, vt solueret, & consignata solutio in Prælis sacari, vulgo *engenhos*, ex quo videbatur nullam contra Principem superesse actionem, tamen adhuc dubitari potest, an Princeps teneatur cum ipse possessionem redditũum occupauerit, forte sine culpa conductoris Gabrielis, & cum de his omnibus agendum sit, illud iudicium priuatiuum est, ad omnes causas quæ regiũm patrimonium concernunt, quod cum ita sit inciuiliter quidem, expeditores grauaminum de hoc grauamine cognouere, maxime cum hæc causa in prima instantia ad iudicem Regij patrimonij remissa fuerit, & eodem ordine retento in curia Brasilica in eodem iudicio de grauamine cognitũ fuerit quare non potuit recta via hoc grauamẽ adduci ad expeditores grauaminum cum potius defferri debuisset, ad iudicem Regij patrimonij, ad quem spectabat cognoscere an sua esset iurisdictio, l si quis ex aliena ff. de iudic ne fieret saltus de vna specie iurisdictionis ad aliam.

4 Nec tandem obstabit, quod supradicta intuentur, simplicem nullitatem, quæ in senatu nõ solet attendi, ex inueterata praxi de qua Valasc. de parti c 39. nu 71. de quo l 10 titul. 17. libr. 4. nouæ recopil. tex. optimus qui non solet allegari in c. ad petitionem de accusatio vbi denegata fuit restitutio ex cõperta veritate, vltra Pinel. Valasc. & alios Barbosa in doctissimis annotationibus ad Ordinat. libr. 3. titul. 63 quia respondetur quod illud obtinebit, vt in senatu coram iudice ad quem de iure spectat cognoscatur, de causa quæ in prima instantia coram incompetenti iudice incæpit, non tamen vt in senatu, cognoscatur in tribunali incompetenti, quia erit nouissimus error, & incompetentia nunquam continet nudam nullitatem cum habeat fomentum legis, quæ non patitur talem sententiam valere, Ordinat. libr. 3. titul. 75. § 3. & libr. 1. titul. 5. § 8. & libr. 3. titul. 87. § 1. & in alijs mille locis.

5 In altero membro in quo huius hæsitationis decisio versatur, in eo consistit dubium an institores qui solutionem debiti consignarunt, creditori, censeantur suo proprio non vero domini nomine contraxisse,

M 3 vt ipsi

vt ipsi conueniri valeant, quæstionem maiori declarationi relinquit Bart. in l fin ff de institor. explicat eleganter Cuman. ibi Ias in § actionum, num 51. instit. de actio de quo est lex partit. 7. part. 5. tit 1. vbi Gregor faciunt quæ Barbos in l. si filio § fin. nu. 23. ff solut. matrimon. plura D. Caldas Pereira ad l. vnicam. C. ex delictis defunct. nu. 34. & 36. 3. part. idem de nominatione quæst 9. à nu. 28.

6 Ex quorum dictis Rei negotiationi præpositi acceptando solutionē, videntur suo proprio non vero domini nomine quasi contraxisse, quia tenebantur exprimere quod nomine officij, & procuratorio contrahebant, ex d. l fin ff de institor ibi, *libertus terminalis rem agens octauij, quibus nomen sua negotiationis expressit*, & paulò infra inquit, *Respondi nec iure his verbis obligatur, nec æquitatem conueniendi eum super esse*: sicque ex suo contractu institores obligari sentit, ibi Bart. licet in fine cogitandum relinquat, pro quo facit tex. in l. procurator qui pro euictione 67. ff. de procurator, vbi celebris gloss. verbo non leuabitur, nam si procurator fidem suam adstrinxit etiamsi negotia gerere desierit obligationis onere prætoris auxilio non leuatur, quia cum pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat, ex modestini sententia dict. loco, quod aperto ore testatur Vlpianus in l. 1. § est autem ff de exercitor, ibi; *Est autem nobis electio vtrum exercitorem vel magistrum conuenire velimus*. l. licet. §. possumus ff. nautæ caupo stabul. l sed etsi pupillus §. fin. ff. de institor, non enim debent decipi contrahentes. § si plures eadem lege. Imò ex chyrographo á Reis prestito, ipsi de constituta pecunia conueniri possunt, ex sententia Iuliani in l. eum qui ff. de constit. pecun. ibi, *si quid debitum tibi approbatum erit me tibi cauturum, & soluturum sine controuersia tenetur Titius de constituta pecunia tertius enim qui institori vendit vel cum eo contraxit non aliter contraheret, vel venderet nisi illum emptorem sibi obligatum remanere sibi persuasisset*, pungit Barbos 3 part rubr num. 82.

Nam licet in dubio procurator censeatur procuratorio nomine contraxisse, quando ad id mandatum præcessit Menoch. d præsumpt 49. nu. Surdus decis. 325. nu 8. illud quidem procedit vbi ex natura rei elicitur coniectura voluntatis cōtrahentium, aliàs secus, cum etiam ex pecunia mea emptum mihi non acquiratur, sed ementi, quando aliud non expressit l. 1. C. si quis alteri vel sibi, ibi, *si pecunia patris mancipia comparata sunt, cum emptiones matris tua nomine factas esse proponas igitur non debes traditione matrem tuam dominam fuisse constitutam, &c.* notatur in l. si ex ea. C de rei vindicat. ibi, *apud quem collocata fuerat sibi possessiones comparauit, ipsique tradita sunt vt tibi vel omnes tradi, vel quasdam ab eo, in te transferri iniuriosum est*, etiamsi sit socius vel pecunia communis. l si patruus. C. commun vtriusque iudic. l. si quis societatem ff pro socio exceptis specialibus casibus vt in milite est tex. in l si vt proponis C. de rei vindic. ibi, *pecunia tua quadam nomine suo comparauit Præses prouintiæ obtentu militiæ vtilem vindicationem tibi impertiri, &c.* In minore l. curator. C. arbitr. tutel. in ecclesia dicit Couar in cap 1. de testam. nu. 1. prosequitur Barbos dict. nu. 82. nec obstat d. l. fin. de institor, vbi nōn obligatur institor ex sua promissione, quia procedit in epistola cōcepta per verba enuntiatiua, quæ de se non producit obligationem, cum sit de præterito, & ad solam fidem in se ostendendam creditori, vt explicat ibi Bart. sequitur Cuman. ad fin. ibi Donel in titulum. Cod de exercitor. lato Cuiac. tom. 1. fol. 1204. lit E. & 1208. lit. A. idem 3. tom. fol. 334. lit. D Surd. cons. 326. Afflict. decis. 64. conducunt quæ

quæ idem Surdus consf.19. num.8.

7 Verum his non obstantibus contraria videtur amplectenda, quod in præsenti nulla contra institores cõpetat actio, primo quia licet dubitari liceat, cuius nomine contractus celebratus fuerit, quando procurator nihil exprimit, vt in l. procurator ff de procurator, prout multis limitationibus explicat Menoch. vbi sup. & Cuman. in d.l.fin. qui distinguit inter contractus ex vtraque parte obligatorios vel ex vna tantum, per tex. in l cum in secundo responso ff de procurator, & fuit Bart. in l procurator qui pro euictione ff de procur. nu. 2. illud tamen obseruandum est, quod illa dubietas potest versari in contrahendo ab initio, quia contractus per se hoc vel illo modo considerari, vel interprætari potest, non vero in distractu, cuius dissolutio intenditur, nec aliter quam nomine alieno fieri potest, scilicet contrahentis, quia hoc casu materia subiecta repugnat, vt suo nomine quis intendat alium liberare ab obligatione, quam ipse liberans non contraxerat, quia solutio habet naturalem relationem ad debitum præcedens, quod ipso iure extinguitur sequta solutione.

8 Vnde fit quod durante negotiatione, si instititor contrahat, dubitare possumus an suo vel domini nomine fecerit, si vero ea durante, pro domino soluerit, nunquã suo nomine soluisse præsumimus, sed eius cuius contemplatione fit, argum. l qui soluendo ff. de negot. gest. vt dominum liberet, vnde ille actus denominatur à suo fine, sicque manente illa negotiatione, vel præfectura, institor conuenitur illa vero dissoluta dominus. d.l.fin. ff de institor.

Ex quibus principijs, deciditur præsens quæstio, in qua videmus institores chyrographum, illius liquidæ quantitatis accepisse, non vt contraherent de nouo, sed vt dominum ab antiqua obligatione liberarent quæ illi incumbebat tanquam pars sui contractus, in quo illa obligatio soluendi re decimã continebatur, onera enim quæ contractibus inhærent, nõ diuersificantur ab ipsa obligatione cui adhærent, cum ergo ex necessitate præcedentis contractus processerint. non est illis imputandũ, quod suo nomine gesserint, quod suo nomine geri non poterat, nec aliud suadent verba chyrographi, quæ semper referenda sunt ad obligationem sui principalis, vt in fortioribus terminis meminit Cabed 2. part. arest. 63. vbi officialis mercatoris se debitorem fassus est, & signauit, & nihilominus eum non teneri iudicatum fuit.

Atque ideo sententiam reformandam senatui, placuit hic annectare casum qui postea decisus fuit in processu Iosephi de Noiosa contra Melchiorem Ponce dubitatũ fuit, an institor subrrogatus, in locum primi qui apocham dedit nomine mensæ, esset citandus ad recognoscendum, & vt solueret, vel dominus, vel ipse, qui amotus est, & D. Thomas Pinheiro da Veiga acutissimi vir ingenij, & laboris in defessi dicebat subrrogatum citari posse, quia illa obligatio erat facta nomine officij, sicut alias colligitur quod decuriones, & vniuersitas citari poterant, quia successores repræsentatãt prædecessores, arg. l. proponebatur. ff. de iudic. & illud corpus obligatur. l.1. ff. admin. rerum ad ciuita. Alex. ab Alexand. lib. 3. genial. cap. 1. Menoch. de arbitrar. libr. 2. cent. 6. casu 508. Zeuall. quæst. 357. quia dicitur vnum corpus. l.1. & 2. ff. quod cuiusque vniuers. nomin. l.1. C. de decret. ab ord. facien. Sanches libr. 4. Decalog. cap. 11. num. 26. quare poterit citari ad recognoscendum chyrographum prædecessoris ille qui subrrogatus est.

Verum contrarium placuit ea distinctione adhibita quod si ex scriptu

res continuata acquiritur quidam status in quo omnes successores positi considerantur, cap. querellam de electione, Caualcan. decis. 44 nu. 2. & 15. 1. part. & in tractatu de tutore nu 272.

18 Quare in præsenti casu quia Reus detinebat res maioratus ab alia familia possessas, quãdo proximiorem vltimo possessori repellere volebat, oportuit vt probaret Actricem non esse de familia, primi institutoris, quod in præsenti factum non extitit, sicque debet accipi l fin. C. de rei vindicat. vt non procedat quando pro agente adest iuris præsumptio, quia ipsa sola legitimam efficit probationem gloss. in l. si tutor petitus. C. de peri tutor. l si quis locuples ff. manumiss testam. & in l. licet Imperator. ff. de leg 1 l. 3. C. de apochis pub. libr. 11. Alex. cons. 126. vol. 6.

19 Insuper Reus tantum abest, quod de deffectu actionis agentis opposuerit, quinimò illius ius agnouit, & approbauit dũ in contrarietate ait, se nominationem habere factam ab vltimo possessore qui frater erat Actricis, seque adstruit recte ab vltimo possessore nominatum, & in forma institutionis, quod quidem est in fratre Actricis approbare legitimum ipsum fuisse successorem, quæ legitimitas ad Actricem ipsius sororem legitimam porrigitur cum ab eodem stipite descendant, quam tamen nominationem non rite factam, & contra formam institutionis satis patet cum Reus sit extraneus Cum ergo de viribus vtriusque nominationis agendum sit, non est dubium actricem tam ex sua persona, tanquam proximiorem, vltimo possessori quam ex nominatione præferendam cum nihil reus opponat de ipsius & prædecessorum in capacitate, imó cum se defendat nominatione habita ab vltimo possessore, non potest obijcere deffectum ipsius, cum ab eo causam habeat, ex Bart. in l si vrbana prædia. ff. de condit indebit. Gamà decis. 16. Et vltra supradicta Rei nominatio alio laborabat vitio de quo Molin de primogen. lib 2. cap. 5. num. 41. & seqq. Atque ex his reuisionem cum D. Doctore Luys Mendes Barreto Iurisconsultissimo viro denegandam duximus.

SVMMARIA.

2 *AN possit vinculo maioratus subijci emphyteusis.*

Emphyteusis perpetua maioratui subijci non potest. ibi.

3 *Contra legem contractus emphyteutici est, vt emphyteusis alienari valeat.*

Emphyteusis continetur in restitutione fideicommissi. ibi.

4 *Contraria verior opinio.*

4 *Emphyteusis sine domini consensu nullo modo potest maioratui applicari.*

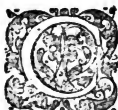
5 *Emphyteusis etiam liberæ nominationis non continetur in vniuersali fideicommisso.*

6 *Explicata sententia Ripæ.*

Fideicommissarius vniuersalis non est hæres licet habeatur loco hære-

DECISIO XXVI.

An dominus directus qui in emphyteusim concessit domos maioratus, possit illas reuindicare, quando possessor sub vmbra sui tituli eas alij in emphyteusim concedit, Ord. lib. 4. titul. 38.



CVM M. possessor maioratus d'Oliueira domos d. maioratui annexas in emphysim perpetuam concessisset, ab antiquo Sanctio Gomesio do Auelar certa statuta pensione. Contigit quod hic vtilis dominus maioratū pariter suorum bonorum instituit, & eas domos in fideicommisso, & vinculo inclusit, quæ omnia non apertis documentis ostendebantur, sed per argumenta quorum erat primum, quod ostendebatur quædam sententia habita tempore Regis Alfonsi, apud quem conquæsti fuerant successores primi institutoris, quod bona dict. maioratus do Auelar non sufficiebant ad subeunda maioratus onera, & ideo aliquod ex oneribus iniunctis erat diminuendū, qua occasione Dominus Rex informationem suscepit, & ibi fit earum domum mentio. Deinde aliud erat argumentum, quod cum huius capellæ bona, in monumento (vulgo tombo) describerentur, hæ domus ibi descriptæ reperiuntur, & sub horum titulorum vmbra, & fide, tanquam res maioratus possidentur, quod tandem euenit, quod ab hinc 24. annis maioratus huius, possessor eas sub emphyteuticauit sine domini directi facultate, tuncque dominus directus contra vtilem egit, obtinuitque sententiā vt rem dimitteret ex commissi causa, & titulo iudicati hodie possidebat per spatium 20. annorum.

1 Modo nouus successor maioratus do Auelar, agit aduersus dominū, domos petit & ipsarum vtilitatē quæ suo maioratui erat vnita ab antiquo, id comprobans authoritate sententiæ Regis Alfonsi, & monumenti publici, & quod

& quod sententia, commissi sibi non obstabat, sed illi solum præiudicium generasse asserebat contra quem lata fuit, maxime quia non se legitime defendit, & sententia habita proponebatur per confessionem possessoris, qui suam omisit defensionem, in qua non potuit sequentibus præiudicare, sententia coram Præside lata est in fauorem Rei, quam senatus reuocauit, reuisio tandem petita fuit & concessa, & placuit sententiam Præsidis confirmandam, & reuocandam senatus, & in processu sequentia dubia discussa fuere.

Primum, an emphyteusis perpetua posit domino irrequisito capellæ vniri.

Secundum, an sit sufficiens argumentum vnionis, & consensus domini dict sententia Regis Alphonsi, & monumenti verba.

Tertium, an possessor emphyteusis ex commissi pœna successoribus noceat.

Quartum, an sententia contra possessorem lata successoribus noceat ita vt impediat ingressum causæ.

2 Et quo ad primum an posit vinculari maioratui emphyteusis variè iudicatum dicit Gama decis. 70. vbi in fine ait quod si sit perpetua emphyteusis non potest subijci maioratui, secus si sit generationum, quia tunc saltem ad vitam possessoris, valet annexio, contrarium dicit decis. 214. facta distinctione supra posita quod emphyteusis ad vitas vinculo maioratus subijci nequeat, si vero sit perpetua posit, in quo certe sibi repugnat, hanc vltimam decisionem vsu, & praxi senatus receptam dicit Cabed. decis. 130. Sed fateor quod ego non satis percipio quomodo hæc nostrorũ pragmaticorum traditio, sustineri valeat, cum videam quod licet emphyteusis perpetua sit diuidua, & hæreditaria, iuxta Ordinat. lib. 4. tit. 96. §. 23. & licet ob id videatur posse maioratui subijci, tamen esse talem non sufficit, quando applicari nequit maioratui citra alterius præiudicium, prout est domini directi, cuius laudemia fraudantur, & prælatio quando rem venditam maluerit retinere secundum ea quæ resoluunt Doctores in l. fin. C. de iur. emphyt. Tiraq. libr. 1. retract. §. 9. gloss. 3. Caldas Pereira de extinctione cap 16. num. 93. Iacobin. in Auth. qui rem num. 164. C de sacros. eccles. & licet emphyteutæ liceat nunquã alienare, nec de eo dominus posit conquæri, tamen dũ res redditur inalienabilis tollitur naturalis potentia, sicut alias venditio potest fieri sine translatione dominij. l. rem alienam ff. de contrahenda emptione, & tamen ea lege non fit venditio ne transferatur, l. cum manu sata. §. vlt. ff. de contrahend. empt. cap. vltim. de condit. appositis.

3 Deinde contra legem cõtractus emphyteutici est, vt talia bona alienentur, & subijciantur oneribus maioratus, & fideicommissi, ita vt ex redditibus emphyteuticis sint soluẽda opera pia, anniuersaria, & similia, quod repugnat naturæ emphyteusis, & concessionis cum emphyteusim alienare vel hypothecare non liceat, maxime quando hypotheca fiat cum traditione rei, explicat Negusan. de pignor. 3. membr. 2. part. nu. 78. Caldas Pereira de extinctione cap 5. num 77. quæ in hoc casu omnino intercedit, vlterius considero quod si dominus prohibeat ne talis emphyteusis immittatur in maioratu valebit prohibitio Cabedus 1. part. decis. 130. num. fin. pariter ergo dicendum est in tacita prohibitione quæ inest, cum taciti expressi idem sit iudicium. Nec obstat opinio Ripæ in l. familius fam. §. diui n 90. vbi Alciat. num. 21. ff de leg. 1. dum ex Bart. sententia, in l. si domus §. fin ff. illo titulo, & in l. si patroni. ff. ad Trebell. & in l. cum

l. cum virum. C. de fideicommiss. sentit emphyteusim posse directo relinqui per fideicommissum, veluti si hæres grauetur mihi restituere defuncti bona, in tali restitutione etiam includetur emphyteusis, Bart. in d. l. si patroni num. 3 & 4. prosequitur Valasc. de iure emphyt. quæst. 48. per tot. ergo & maioratui supponi vt per fideicommissum defferatur.

4 Quia re bene perpensa cōtraria sententia videtur verior cum Rolandino libr. 1. cons. 96. num. 11. quod emphyteusis maioratui nullo modo supponi valeat, ex rationibus à me à principio assignatis, vt regula constituenda sit negatiua, emphyteusim nullo modo posse maioratui vniri, sine domini speciali consensu, id enim qualitas rei exposcit, & contractus emphyteutici, nam si emphyteusis est ecclesiastica, ea ad extraneos non transit, §. emphyteusim in auth. de non alien. col. 2. Valasc. d. quæst. 48. num. 2. & ideo nec in fideicommissarium ex Bart. in d. l. si patroni num. 4. Molin. libr. 2. cap. 10. post num. 71. Si autem concessa sit in tali forma vt ad extraneos hæredes transire possit, vt dicit Valasc. dict. quæst 48. num. 5 prout in hoc regno ex vsu recepto omnes emphyteuticæ concessiones ad extraneos transire possunt, vt dicit Gama decis. 50. num. 6. (aliter tamen Valasc. cons. 157. num. 6.) adhuc obseruandum est, quod etiamsi consideremus emphyteusim esse liberæ nominationis.

5 Tamen in vniuersali fideicommisso, compræhendi non potest, nisi aliud accedat, quia cum mediante nominatione emphyteusis, acquiri debeat, & non aliter, ita vt si nominatio expressa, vel tacita à lege inducta non dequir. emphyteusis ad dominum reuertatur, Ordin. libr. 4. titul. 36. §. 2. incipit *e'affinandose*, vtiq; sequitur quod nullo modo nisi præcedente nominatione; acquiri possit, vnde hæres nominatus, & grauatus vniuersali fideicommisso, nullo modo tenebitur restituere emphyteusim, quam à testatore non accepit, sed à primo concedente, qui modum nec cōditionem adijcere potest, vt illam restituat Petro, quia ille qui sola nominandi facultate vtitur, nihil de suo donat, licet in eum cui donat videatur beneficium conferre, dū nominatum eligit, tamen nominatus à primo concedente accipit prosequitur late Gama decis. 5. D. pater meus de nominatio. quæst. 8. num 9. & 12. vbi omne grauamen remouendum à nominatione dicit, nisi quando à nominato acceptatum fuerit, tunc enim ex nouo contractu obligari potest, vt modum vel conditionem adiectam adimpleat, non vero quando nulla acceptatio præcessit, quæ omnia à fortiori procedunt, in emphyteusi, de pacto & prouidentia, vel alia quæ ad certam personarum speciem tantum transire potest. Quod si sit perpetua emphyteusis, & hæreditaria adhuc consideratur illud graue domini præiudiciū, circa prælationem, & laudemij præstationē, & contra specialem prohibitionem contractus, ne alienetur argum. tex. in dict. §. diui, ibi, *sed hac nec creditoribus nec fisco fraudi esse*; ergo & à pari ratione nec domino directo, cuius magis interest rem conseruari per se, & non vniri propter facilem cōmixtionem, qua per temporis cursum potest in totum amitti.

6 Vnde dum Ripa intelligit res emphyteuticas in fideicommisso generali contineri posse, illud intelligitur naturaliter, dum quærimus an appellatione bonorum veniat emphyteusis, de quo Tiraq. de retract. titul. 1. §. 1. gloss. 3. & in l. vnquam, verbo bona num. 14. D. pater meus de potest. elig. cap. 4. num. 1. Surdus decis. 93. num. 3. ita vt in restitutione contineri possit, datis terminis habilibus, accedente domini consensu, vel quando emphy

teusis

teuũs sit empta ab vtroque coniuge, vt quia tunc in restitutione fideicommissi vniuersalis continebitur, æstimatio partis testatoris vt eleganter declarat dict. D. pater meus cap. 17. nu. 17. vel quando iubeat testator restitui hæreditatem suam Petro, quem etiam nominat ad emphyteusim, est enim iuris indubitati quod fideicommissarius vniuersalis, non est verus hæres, licet habeatur hæredis loco, ex l. marcellus l. postulante. ff. ad Trebell. ibi & haberi hæredis loco, pro qua parte restituta ei hæreditas fuisset, prosequitur Alex. libr. 2. cons. 8. vnde D. pater meus de nominat quæst. 8. num. 6. infert quod fideicommissarius non censetur nominatus, quando hæres instituitur iuxta Ordinat lib. 4. titul. 36. in princip. iuxta regulam. l. magnam C. de contrah. vel committ. de cuius explicatione latissime de nomin. q. 10. nu. 9. & seqq.

7 Ex quibus in rigore cauendũ diceerem à Ripa in d. l. filiusfamilias §. diui. ff. de legat. 1. Cabedo dict. decis. 130. Molin. lib. 2. de primogen. cap. 10. num. 71. Gama decis. 70. 218. & 214. Flores in dict. decis. 70. & alijs eorum opinione in eum sensum accepta, vt generaliter emphyteusis transeat in fideicommissarium vniuersalem, nec enim potest ex ea traditione bene inferri, quod emphyteusis potest maioratui supponi, cum in fideicommisso contineantur, res testatoris, in quibus nihil obstat vt transmittantur, at vero in emphyteusi versatur domini directi præiudicium, cuius res sine eius consensu ad aliam personam transfertur, vt sub diuersi tituli vmbra possideatur, supposita oneribus maioratus, cum tanto ipsius præiudicio, licet non diffitebor quod praxis obseruat in emphyteusi perpetua maioratum posse constitui quod quidem seruandũ est, & hæc praxis confirmatur ex his quæ Menoch. cons. 504. à num. 3. libr. 6. & cons. 158. numer. 65. libr. 2. Hippolyt. Rymin. Iun. cons. 18. libr. 1. Bursatus cons. 48. num. 23. Parlador. differ. 73. num. 11. Gama & Cabedo vbi supra D. pater receptarum quæst. 28 num. 72. quod ampliauimus ad rem censualem vt de ea fiat maioratus, quia si in re in qua vtile tamen dominium est possessoris hoc admittimus á fortiori in re quæ in totum est possessoris, sic iudicauimus in processu Ioannis Lopez cũ Baltasare do Sisto scriba Quintal, & constabat ibi censum solui Regiæ coronæ, & Vicecomiti eius donatario, & eo non obstante valuisse vinculum.

8 In secunda quæstione senatui placuit illa monumenti verba non sufficere, quia licet regulariter probent, vt per Doctores in cap. cum causam, de probatio Valasc de iure emphyt quæst 9 num. 26. Tamen in præsenti obstabat, quod exemplar vt faciat fidem, indiget pluribus, primum quod detur legitima causa transcribendi; secundo quod fiat authoritate iudicis; tertio quod iudex videat originale; quarto quod fiat citata parte, de cuius præiudicio agitur, Abb. & Doctores in cap. 1 de fid. instr. auth. si quis in aliquo C. de edend. Alex. cons. 112. lib. 4. Nec sufficit verba seu capitula truncata offerre, quia scriptura non debet ædi per partes. Doctores in rubr. ff. de noui oper. argum. l in ciuile ff. de legibus, quia in monumento sine partium citatione possunt, omnia describi, non tamen hoc sufficit nisi partes audiantur, vt sic constet de dominio, quia descripta in libro censuali non probant rem esse meam quoad tertios, Bald. in l. censualis. C. de donatio, idem Bald & Salycet. in l solemnibus. C. de rei vindicat. Alex. cons. 10. lib. 4 Zazi cons. 1. nu. 52. nec insuper conducebant verba sententiæ, principis enuntiatiua quia licet in aliquibus probent, & pro lege habeantur sententiæ regum Clem. 2. de probationi,

l. fin.

l.fin C.de legib. l.nemo.C.de sententijs & interlocutio, Gama decis. 174. nu.10. tamen non probant vbi ad aliũ finem proferuntur,& vbi verba ad partis postulationem enuntiatiue emanarunt, late Surdus cons.505. nu.8. & quod requiratur vt probent cons.546. vbi late licet probent in pijs, Bart. in l.1. §.cum vrbem. ff.præfect. vrb. Tiraq. de pia cum priuil. 86. videndus Barbos. in l.si alienam.nu.75.ff.solut. matrim.& D.Caldas Pereira de nomi. q.1.nu.33.idem Gama decis.287 nu.3. & in verbis Principis decis. 333. explicat Cassan.cons.10 nu.30.

9 In tertia dubitatione quæstio est bimembris, an scilicet commissi pæna transeat ad successores, vel an cõmissum incurrens ex altera ex pluribus causis, iure expressis, sibi solum noceat, vel etiam successoribus, ita vt in eo omnes amittant spem succedendi. Primo casu receptum est crimen tanquam personale, non transire ad hæredes delinquentis, dixit seruari Gama decis.17. á nu.2.& decis 83. nu. fin. & decis.175. quem cum alijs citat D.Caldas Pereira de extinctione emphyt.q.18 nu.29. quod sine dubio procedit quando dominus sciuit cõmissum, tacendo enim eo casu videtur remisisse,alias secus, Menoch.cons.248. nu.8.lib.3 & 304.nu.7.Clarus §.fæudũ q. 64. Corbulus in titulo de priuat.ob non solut.Canno ampliat.45. Osascus decis.29.& 132. Gabriel lib.7.cõmun. conclus.35.á nu.3. Sicque exploditur sententia Caroli Ruyni cons.159.n.13. quod etiam domino ignorante extinguitur caducitas, quem ex sententia Bursati confutat D.Caldas Pereira vbi sup.nu.31. quia eo casu non ex delicto agitur sed ex cõtractu actione in rem, quæ sequitur quemcumque possessorem vt ibi nu.32. Sic pariter exploditur sententia Menoch. cons. 304. qui putat caducitatis pænam ipso iure transire ad hæredes,quia falsum est,cũ domini declarationem desideret, qui si sciuit & tacuit videtur remisisse, ex quo etiam mihi valde suspecta redditur doctrina Gregor.in l 10. titul. 4. part 5. quem sequitur dominus pater meus d quæst.18 num.fin. vt dominus qui de commisso contra defunctum non egit, possit nihilominus per exceptionem hæredem repellere, quod videtur ab omni ratione alienum, vt delictum extinctum reuiuiscat vt de eo excipi possit, cum sit notissimum quod exceptio durat quandiu principalis actio sublata non est, quia temporalia ad agendum sunt ad excipiendũ perpetua quãdiu principalis actio non proponitur extincta alias enim secus, sicut videmus quod actio perpetua eneruatur re à bonæ fidei possessore præscripta longo tempore, ita vt maneat inefficax prima actio breui tempore quæ in longissimum esset duratura.l.1.C si aduersus creditorem ibi, *diuturnum silentium longi temporis, præscriptioni corroboratum creditoribus pignus per sequentibus inefficacem actionem constituit si debitores, vel qui in eorũ iura successerunt, obligatæ rei possessioni incumbant.*

10 In secunda parte quod noceat delinquẽs omnibus successoribus post se, etiã in emphyteusi quæ ad certas & nominatas personas venire debet, tritissimi iuris est, prosequitur doctissime D.pater meus de extinctione cap. 19. à num.3.& 16. Nec obstabit quod in præsenti commissum in cursum fuit ex sub emphyteuticatione,quam tamen constat fieri posse, domino irrequisito, & sic non videtur ex ea causa potuisse priuari emphyteutam, vt sensit Valasc.de iur.emphyt. quæst.13. num.11.ex sententia Specul. Azonis & aliorum quos ibi citat, quia verius videtur non posse emphyteutam alium sub se constituere, domino inconsulto, ex Ias.nu.110. in l.3. C.de iur. emphyt. Roman, sing. 181. cannonistæ in cap.

nulli. § nos igitur de rebus eccles. Paris. cons 85. nu. 7. lib. 3. idem Ias in l. 3 nu. 73 ff de acq poss. Berous post Imol. in cap. potuit de locato nu. 106. Valasc. d. quaest. 13. num. 11. & quaest. 38. nu. 7. nisi sub emphyteuticandi concessa fuerit facultas, Campesius de dote 1. part. numer. 39. Fabian. de emptio. quaest. 28 num 14 libr. 1. Cuius rei illa est ratio quia per sub emphyteuticationem omne ius emphyteuticũ transfertur, in accipientem, nihilo penes primum remanente ex Ias. post gloss. & Alex. in l. 3. §. ex contrario num. 35. ff. de acq posses. idem Ias in l. 2. n. 151. Cod. de iur. emphyt. Ryminal. cons. 124. num. 4. libr. 1. & cons. 380. num. 11. libr. 1. Socin. cons. 256. volum. 2. & cons. 96. volum 3. Bart. num. 3. Alex. 5. in l ex asse. ff. ad Trebell. Afflictus in cap. 1. §. 1. de Capitul. Conrradi num. 17. ex quo resoluit Acursius in l. fin. verbo alijs vendere de iur. emphyt. emphyteutam vendentem, domino directo laudemium soluere debere, non vero emphyteutae vtili à quo causam habet Valasc. dict. quaest. 38. num. 25.

11 In vltima quaestione sine dubio videtur esse vt sententia lata contra legitimum contradictorem successoribus noceat Doctores in l. saepe ff. de re iudic. per tex. ibi Molin. de primogen. libr. 4. cap. 8. Couar. pract. cap. 13. per tot. Tiraq. titulo res inter alios num. 55. & 57. faciunt quae D. Caldas Pereira de renouat. quaest. 10. num. 18.

12 Ex quibus cũ non constitisset legitime dict. domos fuisse maioratui annexas, imò ex apochis praesentatis appareret pensiones domuum ab omnibus haeredibus receptas fuisse, quod repugnat esse maioratui annexas, quia tunc soli possessori domino directo pensio solueretur, maxime quia constabat abhinc 60 annis retro diuisas fuisse, inter haeredes, ex cuius temporis cursu apparet diuiduas esse, inter cohaeredes, & non maioratus, ex his quae Valasc. cons. 95. numer. 4. & cons. 132. num. 17. & insuper sentẽtiam latam contra dictum possessorem, successoribus nocuisse, quia etiamsi res emphyteutica maioratui adiungatur, censetur sub ijsdem qualitatibus, & conditionibus quae de ipsius natura procedunt, prout est vt amittatur si canon domino non soluatur, quia sub illa conditione censetur illi, & successoribus concessa, vt singuli soluant, alias sequentes in non soluente priuentur iure sibi in spe ob venturo, ideò placuit vt etiamsi haec domus maioratui subesset, recte domino fuerit ad iudicata, atque ex his sententia senatus reuocata est confirmata alia praesidis in gradu reuisionis. Scriba Chaues.



SVM-

SVMMARIA.

1 Hæ quæ Regium patrimonium attingunt reseruantur iudicibus Regij patrimonij.
Priuatiue cõcessa iurisdictio quãdo dicatur ibi.
2 Explicata Ordin. lib. 1. titul. 9. in fine princ.
3 Literis acceptatis videtur debitũ expirasse respectu acceptantiũ.
Acceptatio literarum non nocet quousque perfectè soluatur. ibi.
Si creditor longius spatium concedit suo periculo facit. ibi.
4 Incompetentia nunquam continet nudam nullitatem.
5 Institores an suo vel domini nomine contrahere censeantur.
6 Suo nomine contrahere videntur institores. ibi.
Procurator in dubio censetur procuratorio nomine contraxisse, ibi.
7 Contra institores nulla competit actio.
8 Quando institores distrahunt nulla dubitatio est quod nomine domini faciunt.

DECISIO XXVII.

An institores acceptato mandato domini ad soluendum, finito negotio, teneantur in sua persona, vel dominus.

HAbet inuictissimus Rex Portugalliæ in prouintia sanctæ Crucis, vel Brasilica ex Summi Pontificis cõcessione, & priuilegio, omnes decimas, tanquam magnus magister ordinis Domini nostri Iesu Christi, quas locauit Gabrieli Ribeiro; ex quibus decimis Arcis Præfecto redecima constituta, & assignata est, ita quod quando Regis decimæ locantur statim in ipso contractu habeatur, ratio redecimæ, quam idem conductor soluere debet Præfecto arcis.

Contigit quod d. Gabriel, procuratores seu institores constituit, in dict. prouintia, cum mandato amplissimo, & facultate alios constituendi, ad omnia quæ in negotiatione emersissent; quibus præsentatum fuit mandatum Prouisoris generalis, quo iubebat vt procuratori cuiusdam Claræ Gomez, vxoris Emanuelis de Palacios, duodecim mille nummos exoluerent, quia erat conductor redecimæ, quæ capitaneo debebat exolui.

Institores acceptato mandato creditori consignarunt solutionem, in quibusdam sacari prælis, ex quorum redditibus sequentibus annis, non minimam debiti partem creditor, consequutus est, rebusque sic stantibus, accidit quod Gabriel Ribeiro decoxit, qua de causa tota negotiatio, cũ persona conductoris concidit, decimæq; de nouo, nouo conductori traditæ fuere.

Tunc d. Clara Gomez egit contrà institores, vt sibi soluerent, virtute acceptationis factæ, ipsi se defendunt quod eorũ obligatio respiciebat mensam, & negotiationem, qua ipsi nomine sui constituentis, contraxerant, ad quem dirigebatur ipsa obligatio, in Brasilica prouincia contra Reos sententia lata est, quæ reuocata fuit in senatu illius prouinciæ in iudicio coronæ & Regij patrimonij, á qua sententia prouocatum extitit, & in hoc senatu per expeditores grauaminum reuocata fuit sententia senatus Brasilici, confirmata prima quæ Reos damnabat, à qua cum reuisio peteretur, concessa fuit, & circa causæ discussionem, sequentia in senatu ventillata fuere.

1 Et primo paulisper immorandum ducebant peritissimi patres circa iudicij expeditorum grauaminum incompetentiam, eo quod ea omnia quæ Regium patrimonium attingũt, etiam inter partes iudicio Regij patrimonij reseruantur, ex cap. 13. Regiminis. §. vltmi. ibi, *E bem assi todas as cousas que pertencerem a nossa fazenda, & della dependerem per qualquer via que seja posto que as taes demandas sejão antre partes, & nos sejamos ja pagos, auemos por bem que pertenção aos dittos veadores da fazenda, & elles conheção dellas por aução noua ou appellação*; quibus verbis iurisdictio priuatiue ad alios concessa est, explicat late Menoch præsumptio. 18. 2. p. num. 19. Doctores in l. 1. C. de offic. præfecti vrbis cuius explicationem prosequitur Barbosa in l. 1. articul. 4. ff. de iudic. numer. 113. & seqq. quia quando circa iurisdictionem concurrunt concessio generalis, & specialis, eodem tempore, sic iurisdictione distributa quilibet priuatiuè in sua iurisdictione electus censetur, ex reg. l. solemus. §. latrunculator ff. de iudic. ibi. *latrunculator de re pecuniaria iudicare non potest*, l. quæro. ff. de solutio, l. 2. C. de executor & exactor libr. 12. quia iurisdictio diuisim concessa secundũ qualitates diuisas illum priuatiue sequitur cui commissa est Doctores in l. Titiæ textores. ff. de legat. 1. Barbosa vbi supra num. 120. l. 1. C. de offic. proconsul ab speciali, ibi, *legati non solum ciuiles sed etiam criminales causas audiant*, Vantius de nullitatibus ex deffectu iuris ordin. num. 177. Carauita ritu 295. num 18. Aymon consf. 411. à num. 28. lib 3. Barbos. vbi sup nu 125.

2 Nec obstabit Ordinat. libr. 1 tit. 9. in fine princ. ibi, *Porque se a demanda for antre partes que não neguem nossos direitos não pertence o conhecimento do tal caso aos juyzes dos nossos feitos da coroa*; quia procedit in iuribus regalibus quæ alterius ordinis sunt, in quibus iudici Regio cognitio non denegatur, quando lis inter partes moueatur, quia eo casu nullum principis vertitur præiudicium, sicque procedit Ordinat. libr. 2. titul. 35. §. 7. & lib. 4. titul. 36. §. 6. dict. titul. 9 §. 4. ibi, *não se tratando de perjuyzo considerauel que possa vir a nossa coroa*; at vero in causis regij patrimonij etiam quando inter partes versantur potest aliquando, vergere sententia in præiudiciũ principis, sicut in præsenti, vbi contendebatur super solutione sallarij, debiti capitaneo, & regis interest de hoc cognoscere quia euacuata d. conductoris obligatione, ipse Princeps tenetur de suo soluere, atque ideo ratione recursus contra regem, vt soluat, causa interesse regis intuetur.

3 Nec pariter obstabit quod dict. Præfecto arcis solutio facta proponitur, per acceptationem mandati à dictis institoribus acceptati, quia qui tradit apocham debiti, acceptante creditore, vere liberatur, quia acceptans de nouo obligatur, iuxta l. filius. ff ad maced. Bald. in l. quo debito. Cod de bon. auth. iudic. possidend. nam cum literæ sint expeditæ & acceptatæ, breui

breui manu videtur creditori fuisse numeratum, & ab eo iterum penes campsorem depositum, Foller. ad Marant. part 6. actu 6. num. 50. quia satisfit quod mihi semper magis placuit, non nocere creditori acceptationem, quousque illi perfecte soluatur, l. si literarum, & ibi Bald. C de solutio, ibi, *Si literarum Aurenonis cōtemplatione, quas ad Aristonem de numeranda tibi pecunia dederat, recepisse te scripsisti debitũ ab Aristone mandato, non impleto, cum petitio debiti maneat integra, nihil legitimam exactionem impedire potest*. Rotta Genuens. decis. 2. numer. 10 Menoch. libr 3. præsumption 134. num. fin late Bursatus cons 39 lib. 1. vbi solutionem requiri effectu defendit, vnde si post acceptatas literas colybicas mercator decoxit antequam soluat adhuc prior expeditor literæ tenebitur, l. itẽ illa § vetus ff de constituta pecunia, quia adhuc solum constitutum inter vtrumque initum est, l. vbi quis 28. ff. eod. non enim nascitur delegatio nisi recipiens literas quitationem præstet prioris debiti, & sic debet explicari Afflict. decis. 353. vt habeat locum reg l. 3. C. de nouatio videndus Surdus decis. 23. numer. 7. eleganter Bursatus d cōs. 39. lib. 1. Mãtica de tacitis libr. 17. titul. 7. num. 5. quod sine dubio procedit dũ creditor apocham tradens non longius spatium elargitur, quam in ipsa ad soluendum continetur, quia prorogato termino suo periculo facere censetur. Quod si quis objiciat quod in nostro casu, ex facto creditoris spatium concessum est debitori, vt solueret, & consignata solutio in Prælis sacari, vulgo *engenhos*, ex quo videbatur nullam contra Principem superesse actionem, tamen adhuc dubitari potest, an Princeps teneatur cum ipse possessionem redditũum occupauerit, forte sine culpa conductoris Gabrielis, & cum de his omnibus agendum sit, illud iudicium priuatiuum est, ad omnes causas quæ regium patrimonium concernunt, quod cum ita sit inciuiliter quidem, expeditores grauaminum de hoc grauamine cognouere, maxime cum hæc causa in prima instantia ad iudicem Regij patrimonij remissa fuerit, & eodem ordine retento in curia Brasilica in eodem iudicio de grauamine cognitũ fuerit quare non potuit recta via hoc grauamẽ adduci ad expeditores grauaminum cum potius defferri debuisset, ad iudicem Regij patrimonij, ad quem spectabat cognoscere an sua esset iurisdictio, l si quis ex aliena ff. de iudic ne fieret saltus de vna specie iurisdictionis ad aliam.

4 Nec tandem obstabit, quod supradicta intuentur, simplicem nullitatem, quæ in senatu nõ solet attendi, ex inueterata praxi de qua Valasc. de parti c 39. nu 72. de quo l 10 titul. 17. libr. 4. nouæ recopil. tex. optimus qui non solet allegari in c. ad petitionem de accusatio vbi denegata fuit restitutio ex cõperta veritate, vltra Pinel. Valasc. & alios Barbosa in doctissimis annotationibus ad Ordinat. libr. 3. titul. 63 quia respondetur quod illud obtinebit, vt in senatu coram iudice ad quem de iure spectat cognoscatur, de causa quæ in prima instantia coram incompetenti iudice incæpit, non tamen vt in senatu, cognoscatur in tribunali incompetenti, quia erit nouissimus error, & incompetentia nunquam continet nudam nullitatem cum habeat fomentum legis, quæ non patitur talem sententiam valere, Ordinat. libr. 3. titul. 75. § 3. & libr. 1. titul. 5. §. 8. & libr. 3. titul. 87. §. 1. & in alijs mille locis.

5 In altero membro in quo huius hæsitationis decisio versatur, in eo consistit dubium an institores qui solutionem debiti consignarunt, creditori, censeantur suo proprio non vero domini nomine contraxisse,

quæ idem Surdus consi. 19. num. 8.

7 Verum his non obstantibus contraria videtur amplectenda, quod in præsenti nulla contra institores cõpetat actio, primo quia licet dubitari liceat, cuius nomine contractus celebratus fuerit, quando procurator nihil exprimit, vt in l. procurator ff de procurator, prout multis limitationibus explicat Menoch. vbi sup. & Cuman. in d. l. fin. qui distinguit inter contractus ex vtraque parte obligatorios vel ex vna tantum, per tex in l cum in secundo responso ff de procurator, & fuit Bart. in l procurator qui pro euictione ff de procur. nu. 2. illud tamen obseruandum est, quod illa dubietas potest versari in contrahendo ab initio, quia contractus per se hoc vel illo modo considerari, vel interpraetari potest, non vero in distractu, cuius dissolutio intenditur, nec aliter quam nomine alieno fieri potest, scilicet contrahentis, quia hoc casu materia subiecta repugnat, vt suo nomine quis intendat alium liberare ab obligatione, quam ipse liberans non contraxerat, quia solutio habet naturalem relationem ad debitum præcedens, quod ipso iure extinguitur sequta solutione.

8 Vnde fit quod durante negotiatione, si instititor contrahat, dubitare possumus an suo vel domini nomine fecerit, si vero ea durante, pro domino soluerit, nunquã suo nomine soluisse præsumimus, sed eius cuius contemplatione fit, argum. l qui soluendo ff. de negot. gest. vt dominum liberet, vnde ille actus denominatur à suo fine, sicque manente illa negotiatione, vel præfectura, institor conuenietur illa vero dissoluta dominus. d. l. fin. ff de institor.

Ex quibus principijs, deciditur præsens quæstio, in qua videmus institores chyrographum, illius liquidæ quantitatis accepisse, non vt contraherent de nouo, sed vt dominum ab antiqua obligatione liberarent quæ illi incumbebat tanquam pars sui contractus, in quo illa obligatio soluendi re decimã continebatur, onera enim quæ contractibus inhærent, nõ diuersificantur ab ipsa obligatione cui adhærent, cum ergo ex necessitate precedentis contractus processerint, non est illis imputandũ, quod suo nomine gesserint, quod suo nomine geri non poterat, nec aliud suadent verba chyrographi, quæ semper referenda sunt ad obligationem sui principalis, vt in fortioribus terminis meminit Cabed. 2. part. arest. 63. vbi officialis mercatoris se debitorem fassus est, & signauit, & nihilominus eum non teneri iudicatum fuit.

Atque ideo sententiam reformandam senatui, placuit hic annectare casum qui postea decisus fuit in processu Iosephi de Noiosa contra Melchiorem Ponce dubitatũ fuit, an institor subrrogatus, in locum primi qui apocham dedit nomine mensæ, esset citandus ad recognoscendum, & vt solueret, vel dominus, vel ipse, qui amotus est, & D. Thomas Pinheiro da Veiga acutissimi vir ingenij, & laboris in defessi dicebat subrrogatum citari posse, quia illa obligatio erat facta nomine officij, sicut alias colligitur quod decuriones, & vniuersitas citari poternat, quia successores repræsentatãt prædecessores, arg. l. proponebatur. ff. de iudic. & illud corpus obligatur. l. 1. ff. admin. rerum ad ciuita. Alex. ab Alexand. lib. 3. genial. cap. 1. Menoch. de arbitrar. libr. 2. cent. 6. casu 508. Zeuall. quæst. 357. quia dicitur vnum corpus. l. 1. & 2. ff. quod cuiusque vniuers. nomin. l. 1. C. de decret. ab ord. facien. Sanches libr. 4. Decalog. cap. 11. num. 26. quare poterit citari ad recognoscendum chyrographum prædecessoris ille qui subrrogatus est.

Verum contrarium placuit ea distinctione adhibita quod si ex scriptu

ra ageretur vel alia simili in qua recognitio necessaria non est vt in chyrographo equitis tunc non est dubium contra successorem agi, ac posset fieri contra prædecessorem in officio, secus vero quando ex chyrographo agitur ad recognitionem ipsius quia recognitio non fit nisi ab eo qui cognouit contractum. ex reg. l. generaliter C de non numerata pecun. l. publica. §. fin. ff. deposit, Rebuff. 1. tom. ad leges gall. titul. de chyrograph recogni num. 55. & in l. subsignatum. §. bona. ff. de verborum sign. fol 292. Si enim repræsentatio personæ sufficeret, vtique & hæres posset citari, vt recognoscat chyrographum defuncti, quod negat Ord. dict. titul. 25. §. fin. ex l Marcellus §. fin ff. rerum amotarum, quare cum scriptis mercatorum non detur fides, ac publicis, quia non reperiuntur in Ordinat lib. 3. titul. 59 § 15. licet dicamus quod eorum contractus non indigent publica scriptura, vt in literis cambij dicit Gama decis. 238. hoc est valde diuersum á primo, & ideo obtinuit non posse compelli, vt recognoscat ad via ordinaria agendum. Scriba Dominico de Basto.

SVMMARIA.

1 *Minor dotem constituere non potest sine curatoris authoritate.*

2 *Ponderata l. fin. C. si maior factus.*

Ætas viginti annorum licet habeatur pro completa ex forma statuti non tamen habetur pro completa ad alienationem immobilium. ibi.

3 *D l. fin. etiam habet locum in dote quia donatio est.*

Distinctio facienda est inter dotem datam filiæ vel personæ extraneæ. ibi.

4 *Frater quando teneatur dotare sororem.*

Donatio propter nuptias, & dos in quo differant. ibi.

5 *Per quinquennium elapsum dos nulliter constituta conualescit.*

DECI-

DECISIO XXVIII.

An dos data sorori à fratre minore 25. annis sine decreto iudicis, conualescat per lapsum quinquennij, ex l. fin. C. si maior factus alienation. in 2. parte, ad Ord. lib. 1. tit. 87. §. 28. & lib. 3. tit. 42. §. 2.



Vm Michael Nunez dotem sorori pauperi constituisset, in quodã oliueto, in eadem expresist se 20. ætatis annum expleuisse; quã donationem postea cum iam 34. annorũ esset impugnabat eam asserens nullam, ob deffectum autoritatis curatoris, & iudicis, & quod insuper vt cõfirmari posset indigebat decennio, ex decreto l. fin. C. si maior factus alienatio, in 2. parte.

1 Cuius actio iure fundata videbatur, quia illa dotis constitutio videtur laborare vitio nullitatis, cum à minore sit constituta, sine curatoris autoritate, cui rerum immobilium alienatio interdicta est, sine curatore & iudice ex lege, l. lex quæ tutores. C. administr. tutor. l. non solum. C. de prædijs minor. l. ob æs eod. l. magis puto §. non passim, iunct. l. 1. ff. rebus eorum, Duen. reg. 88. ampliat. 5. & reg. 187. num. 3. Doctissimus Mendez de Castro in l cum oportet 2. part. nu. 121. C. de bon. quæ liber. Dominus pater meus ad l. si curatorem, verbo cõtractum fecisti à num. 1. & verbo implorare num. 48 & verbo lęsis nu. 87. Ordinat. libr. 1. titul. 87. §. 28. & libr 3. titul. 42. §. 2. quæ ampliant prohibitionem ad eos qui veniam ætatis à Principe impetrarunt. Donare autem nec cum decreto iudicis valent, l. vlt. §. vlt. C. si maior factus, Menoch. cons. 29. num. 14. nec ob causam nuptiarum sine prætoris decreto, l. prædia. C. de prædijs minor, Bart. in l. si constante num. 76. ff. solut. matrimon. nec ex tali dote transit dominium sine curatore, l. mulier 28. C de iure dot. Barb. in d. l. si constante num. 21. & in l. 1. 1 part. numer. 24. & reddit rationem Neguf. de pignor. 1. membr. 8 part. nu. 24. quia censetur abesse consensus minoris. Vnde cum talis contractus & dotis constitutio, sine solemnitatibus iuris facta, nulla fuerit, nil mirum si ipse dotans admitti possit, contra actum á se gestum, ex his quæ Barbos. 5 part l 1 num 19 Menoch. lib. 1 cons. 1. num. 100. quod sine dubio procedit quando actus est nullus, quia celebratus contra legis prohibitionem, repugnantis validitati, tanquam contrariæ publicæ vtilitati, saltem secundario, l. quemadmodum. C. de agricol. & censit lib. 11. Imol. in l. qui superstitis nu. 2. ff. acquir. hæred. l. cum vir in fine ff. de vsucapio latissime Pinel. in l. 1. C. de bon. mater. 3. part nu. 74. & nu. 79. vbi láte explicat. l. cum à matre. C. de rei vindicat. eleganter D. Caldas Pereira 4. part. de iur. emphyt. quæst. 10 à nu. 26. Tiraq. le Mort 7. part. declarat. 1. num. 5. & 11. idem Caldas Pereira de emption cap. 26 num 17. Barbosa in l. 1. ff. solut. matrimon part. 5. num. 17.

2 Nec obstat l fin. C. si maior factus alienationem libr. 5. dum post quinquennium non permittit contractuum

tractuum rescisionem, quia ex cursu illius temporis, omnis deffectus decreti suppletur, explicat D. Caldas Pereira vbi supra verbo contractum fecisti, & verbo læsis; quod quidem quinquennium á vigesimo quinto anno connumerandum dicit, idem dominus meus verbo infra legitimum tempus á num. 22. vers. quæ est noua dubitatio, quod non dubio caret, in eo qui væniam ætatis à Principe obtinuit, ex lege ea quæ Cod. de temp. in integr. restitut. ibi, *Ex eo die quo indulgentia nostra, &c.* cui non sine violentia satisfit, atque ideo contrarium dixit Menoch de recuper. remed. 15. nu. 152. ex autoritate Ancharra. cons. 34. col. fin. C. de repudiand. hæred. quem adhoc ponderat Octauius Simoncellus in tractat. de decret. lib 3. titul. 8. num. 77. & pro sententia patris mei contra Menochium, faciunt, quæ Octauianus vbi supra cap. fin. inspectione. 2. cas. 1. num. 13. & lib. 1. titul. 2. inspect. 3. num. 25. vers. his tamen, quia licet ætas viginti annorum habeatur pro perfecta, vigore statuti non intelligitur tamen perfecta, quoad alienationem Ordin. d. titul. 42 §. 2. & ideo non debet etiam censeri, quoad ratihabitionem, cum hæc ratihabitio alienationem inducat, consuluit Paulus cons. 161. libr. 2. & addit Socin. cons. 130. num. 2. volum. 1. repetitum vol. 2. num. 235.

Quod si statutum sit, quod maior 20. annorum, minor tamen 25. annorum contrahere possit, non est ampliandũ, vt donare possit, atque ex his forsan melius sustinebitur intellectus collendissimi parentis, quem etiam amplectitur Simoncellus de decretis libr. 2. titul. 4. inspectione 3. num. 19. & rursus libr. 3. titul. 8. inspectio. 3. nu. 24. & 26. aduersus Corneum & alios.

3 Respondetur enim prædictæ difficultati quod dict. l. fin. C. si maior factus alienationem, nobiscum non agit, in prima parte, sed in secunda in qua in donationibus confirmandis, decennium exigit, vt deffectus suppleantur, quod etiam debet habere locum in dote, quæ donatio reputatur ex Valasc cons. 31. num. 2. Barbos 3. p. rubr. ante num. 1. & 1 part. l. 2. nu. 169. l vnica. § accedit. Cod. rei vxor. l. ex morte in fine. C. de pact. conuent: vnde Oldendorpius in tractat. de iur. singul. ait quod si is qui non sit parens dotat verè donat, quia talis dos acquiritur ex titulo lucratiuo, l. fin. §. si à socero, & ibi Bart. ff. quæ in fraud Valasc d. cons 31. num. 2. Barbos. vbi sup. qui distinguit inter dotem constitutã mulieri, quæ postea tradidit marito, & eam quæ datur ipsi marito, & pauló infra ponit casum in fratre dotante sororem, & sub eadem distinctione decidit, quod si frater in his casibus in quibus non tenetur sororem dotare, illi dotem constituat, talis donatio subest reuocationi, per natiuitatem filiorum per l. si vnquam. C. de reuocand. donatio. secus si marito donet ex ratione d. §. si à socero, quia ex titulo oneroso accipit, Ias. cons. 171. ad fin. lib. 4. Roland. cons. 83. ad fin. libr. 3. Vnde cum in præsenti dos assignata fuerit sorori, ab extraneo, frater enim extraneus censetur, ex l. vnica § extraneum. C. rei vxor. ibi, *omnem citra parentem*; Nec teneatur dotare sororẽ nisi ille sit diues, & illa pauper, vt per Pallati. in repet cap. §. 24. num. 3. Barbos. 4. part l. 1. ff. solut. matrim. nu. 129. manet in iuris terminis donatio, quæ non confirmatur nisi decennio, cum de paupertate dotatæ non constet, vt dicamus fratrem non donasse, cum iure cogente id faceret, ex reg l. donari ff. de reg. iur. Menoch. cons 29. num. 31.

4 Nec obstat quod in d. l fin excipitur ab illa regula, vt per decennium confirmentur donata propter nuptias donatione excepta Nata consil. 295. Videtur ergo quod pariter & ipsa dos eodem

eodem iure debeat metiri, quia sunt casus æquiparati per viam regulæ, nam propter quod vnumquodque tale,& illud magis cap primum de reliquijs & veneratione sanctorum libr 6. D.pater meus ad l si curatorem, verbo contractum fecisti, num. 1. ad med. Soar.l.de las arras nu.4. Barbos in l si ante num.3.ff solut matrimon. satisfit enim in donatione propter nuptias esse speciale quia ex titulo oneroso procedit. Nec de ea potest argui ad dotem à fratre datā sorori qui extraneus est,& meram liberalitatem exercet, atque ideo non decennium requiritur, sed quinquennium debet sufficere,vt in reliquis cōtractibus de quibus Gama decis. 76. per tot. vbi bona additio quæ citat plures.

Plane cum á tempore contractus, & dotis sorori assignatæ decennium non sit elapsum, quia ipse in expeditione belli per plures annos detentus proponebatur, vtique tempus impedito non currit.l.1. & 4. ff. ex quibus causis maiores. l. vnica. C. annali exceptione, & contra præscriptionem ex clausula generali succurritur impedito, Surd cōs. 268.n 34 nec indiget protestatione n.42 impedimentū excusat nō tamen dat actionē impedito Surdus cons.248 num.2.& 254. num. 24. de quo quando sit iustum Afflict. decis 29.& decis 50.prout morbi carceris Surdus cons.566.num.12. & causa Reipubl. D. pater meus de reno. q. 5. á num. 23.& quæst 7. num.4. vbi distinguit inter impedimentum facti & iuris, & quomodo probandum late Bart. in l.2.§.quod diximus ff si quis cautio.nu.2.nec excusat quando facile re moueri potuit idem Caldas Pereira quæst.7.nu 5.& quæst.11.n.29.

5 Verum contrarium senatoribus placuit quod per lapsum quinquennij dos à principio nulliter constituta sorori conualescat,quia licet dos facta sorori à fratre tanquam ab extraneo si ipsa non sit pauper, & dotans diues (qui est casus in quo ipse dotare compellitur) meram donationem saperet ita vt indigeret decennio, vt confirmaretur iuxta dict. l. fin. in 2. part. Tamen in præsenti constabat sororē esse pauperem, nec habere vnde dotem susciperet, atque insuper dotem fuisse marito premissam in ipso dotali contractu, in quo ipse dotem stipulatus est, iuxta l si pater marito C. de dotis promiss. ibi, *si pater mariio tuo stipulanti promiserit dotem, non tibi sed marito contrá successores competit actio*, & succedit reg. l.fin. §. si à socero ff.quæ in fraud. creditor, vbi constante matrimonio dos in fraudem data non reuocatur per creditores quia dos videtur haberi ex titulo oneroso & æquiparatur emptori maritus.l ex promissione 18 ff.de actio & obligatio ibi. ex promissione dotis nō videtur lucratiua causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intelligitur, qui dotem petit,&c.l.sicut 8. §. sed etsi permiserit ff.quibus modis pignus, ibi, *quod si in dotem dederit vendidisse hoc casu recte videtur propter onera matrimonij*: vnde si contingat dotēconstitui licet verba dirigantur ad mulierem si tamen in eo contractu maritus intercedat, & sibi stipuletur illi dos facta censetur cum illi agendi actio acquiratur non vxori. Vnde vt dos dicatur mulieri facta debet considerari promissio ipsi mulieri ante contractum matrimonij quia tunc de eius manu maritus accipit, & habent locum quæ Barbosa in dict. 1. part. l. 2. á numer.167.

Cum ergo in præsenti vtrique coniugi dos promissa fuerit, ex oneroso titulo maritus accipere censetur nec habere potest locum d.l fin in 2 part. atque ex his fundamentis sententia á peritissimis senatoribus confirmata fuit. Scriba Gaspar Garces.

SVM-

SVMMARIA.

1 PRouisorum iurisdictio ad quas causas spectet.
Et an priuatiue cõcessa. ibi.
Nullitas incompetentiæ omni tẽpore allegari potest. ibi.
2 Iurisdictio ordinaria à subditis, & non subditis sub eodem Principe prorogabilis.
Prorogatio non solum commodum prorogantium respicit, sed & Reipubl. ibi.
Lex Iulia iudiciorum ad duo tantum genera iudicum ordines redegit. ibi.
3 Ordinarius ad certas personas vel ad certas causas prorogari potest.
In prorogatione solum debet attendi an fiat sub eadem specie iurisdictionis. ibi.
4 Etiam si iudex habeat iurisdictionem limitatam ad quantitatem certam de consensu partium de maiori quantitate cognoscit.
5 Iurisdictio priuatiua, & limitata prorogari non potest passiue, actiue tamen potest.
Prorogatio nequit admitti cum tertij præiudicio. ibi.
Explicata Ordinat. libr. 2. titul. 1. §. 14.
Explicatur Ordinat. lib. 3. titul. 5. §3. ibi.
Priuilegium miserabilium in totum remitti non potest, in particulari potest. ibi.
6 In iudicem vetitum non cadit prorogatio.
7 Prouisoris iurisdictio actiue prorogabilis est.
Defensus D. pater meus. ibi.
Confutatur opinio Valasc. ibi.
8 Renuntiatio fori facta à Lusitano respectu Regni Castellæ nihil valet.
Valere tamen plures asserunt. ibi.
9 Contraria est verior opinio duobus concurrentibus.
Ponderata Ordinat. libr. 2. titul. 1. §. 14. quæ licet dirigatur ad Episcopos habet locum in quocumque Principe. ibi.
Quælibet dispositio pœnalis extenditur in his quæ respiciunt ipsam dispositionem licet non extendatur quoad pœnam. ibi.
10 Sententia lata in Regno Castellæ contra Lusitanum virtute prorogationis nulla est.

DECI-

DECISIO XXIX.

An iurisdictio prouisorum de quibus Ordinatio libr. 1. tit. 50. sit prorogabilis ad Ordinationem libr. 1. titul. 50.



Coram huius ciuitatis prouisore quidã Thomas da Costa actionẽ proposuit, cõtra quendam Antonium Piz-Magoto, pro rei venditæ pretio: cumque causa ad senatum delata esset aliquibus senatoribus placuit, & quidem peritissimis, acta annullanda fore, tanquam formata coram iudice omnino incompetenti, cum ad prouisoris officium spectet specialiter vltimas defunctorum voluntates exequi, vt in Ordin. lib. 1. titul. 50. explicatur et titul. 62. vt apud Hispanos testatur Peres titul. 2. libr. 5. Ordinat. fol. 142. Sanches de matrimon libr. 1 disputat. 33. num. 29. cum seqq. Gregor. l. 3. titul. 10 part. 6. verbo tuuiere, Menoch casu 444. Valasc. cons. 68. Messia Taxapanis conclus. 1. num 49. & conclus. 6 num. 49. Menoch lib 4 præsumpt. 125 num. 17. late Blondus Romæ triumph lib. 2. Vnde fit quod cum eorum iurisdictio ad certarum causarum speciem, & inter certas personas concessa fuerit, sic priuatiue cõcessa, improrogabilis est, ex Cyno in l. 1. C de iurisd omni iud. Gama dec. 219. D Caldas Pereira ad l. si curatorem in princ. nu. 20. & plures quos citat Barbos. in l. 1. ff de iudic. art. 1. nu. 156. Valasc in specie cons 27. nu. 5. cuius verba sunt vnde nõ potest egredi fines suæ iurisdictionis, limitatæ ad certas causas, arg. l solemus §. latrunculator ff de iudic. Bart. in l. in sacris. C. de proximis sacror, libr. 12. & infra nec eius iurisdictio est prorogabilis, vt habetur in l. 1. ff. de iudic. & in c. P. & G. de offici. de legat. vbi Abb num. 5. Vnde illa nullitas omni tempore allegari potest gloss. recepta in Clem. vnica de sequestr. possess. Conar pract cap 25. n. 4. Cabed. decis. 22. num. 4. nam licet Cabed decis 36. 1. part. num. 6. & decis 159. & Valasc. cons 65 in fine dicant quod in senatu acta sustinentur, & partes de iure suo de nouo audiuntur, tamen illud est quando non magna datur nullitas, & insanabilis ex Gama d. decis. 219 nu. 1. atque ideò necessario acta annullari debent.

2 Contrarium dixi vt de causa cognosceretur quia prouisoris iurisdictio prorogari potuerit, & quia articulus est dubius in quo Cabed. decis. 22. 1. part. pro hac parte decisum refert, & in contrarium Valascus vergit dict cons 27. & noster Barbosa aliàs doctissimus non satis in d. articulo rem dirimit, paucis rem expediendam duxi. Aduerto igitur quod iurisdictio ordinaria quantumcumque alias limitata sit ad personas, potest à subditis, & pariter à non subditis (dummodo subsint ijdem principi) prorogari, l. 1 ff de iudic. ibi, *si se subijciant aliqui iurisdictioni, & consentiant, inter consentientes, cuiusuis iudicis, qui tribunali praeest, vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictio*, capit. significasti de foro competent. ibi, *iurisdictioni praeest, & cat.* communis in l. 1. Codic. de iurisdict. omni.

iudic vbi probatur quod procurator fisci qui habet iurisdictionem limitatam inter fiscum, & priuatos, l. 1. Codic si aduersus fiscum, tamen de partium consensu inter priuatos ius dicit, ibi, *non quidem fuit competens iudex procurator noster in lite priuatorum, sed cum ipsi eum iudicem eligeritis, & is consentientibus aduersarijs, sententiam tulleris, intelligitis vos acquiescere debere ei, ex consensu vestro iudicata, cum & procurator iudicandi habeat potestatem inter certas personas, & vos in congruum vobis esse iudicem scientes tamen audientiam eius eligistis, &c.* expendit Paulus in l. testamenta C. de testam. num. 5. gloss. 2. in l. 1 C. de Pedam. iudic. ratio est quia huiusmodi prorogatio non tantum commodum prorogantium continet, sed & Reip. nam dum prorogant, & consentiunt in iudicem non suum, cessant quæ contra iudicem, & eius iurisdictionem opponi solent, argum. cap. super quæstionum 27. §. verum de offic. de leg. cap. inter 20. vers. quamuis de re iudic. Ordinat. in titul. 21. ac subinde lites breuius, & commodius terminantur, quæ ratio mouit legem Iuliam iudiciorum quæ iudiciaria appellatur à Iulio Cæsare dictatore prolatam, dum iudices ordinarios ad duo tantum genera equestris, scilicet, & senatorij ordinis redegit, & tribunos ærarios substulit, vt caute adijceret vt priuati consentientes possent cuicumque ordinario iudici se subijcere, meminit dict. l 2. vers. lege Iulia Gelius & alij relati per Zazium in cathalogo legum antiquarum, titulo de lege Iulia de adulter. vers. mos Manutius de legib. Roman fol. 34. & ita contempto qualiquali si fuberat præiudicio, ordinarij, ad quem cognitio pertinebat, ob maius Reip. bonum prorogatio admissa est.

3 Quod quidem non solum obtinet quando ordinarius inter certas personas constituitur, sed quando ad certas causas prout vtrumque probat dict. l. 1 ibi, *cum & procurator iudicandi habeat potestatem inter certas personas,* agens de causis limitatis inter fiscum, & eius debitores, vtroque enim casu eadem boni publici ratio consideratur, & finiendarum litium, quidquid Cynus in dict. l. 1 inuoluat, Alex. in d. l. testamenta nu. 3. Ias. in l. si per errorem, num. 4. ff. de iurisdict. omni. iudic. quorum dicta non satis apperit Barbosa d art. 1. à num. 121. Vnde in prorogatione admittenda vel deneganda solum attendi debet an prorogatio fiat sub eadem specie iurisdictionis ordinariæ, vel sub diuersa, veluti si iudex est causarum ciuilium, non fiat prorogatio in criminali, vel è conuerso, quia cum prorogatio sit extensio eiusdem rei quæ adhuc est, l. sed si manente. ff. de precar. eo casu non esset extensio sed concessio de nouo quód priuatorum potestati non subest l. priuatorum. Cod. de iurisdict. omni. iudic. vnde fit quod licet causa quæ prorogatur differat in qualitate ab his de quibus ordinarius cognoscere potest adhuc admittatur prorogatio quia licet causæ differant inter se qualitate sunt tamen eiusdem speciei, vt quia omnes pertinent ad simplicem iurisdictionem Bart. in l. inter conuenientes ff ad municipal. Paulus in l. fin. numer. 10 ff. de iurisdict. omn. iudic. Maranta 4 part. in praxi decis. 6 numer. 24 Alex cons. 68. numer. 18. libr. 2. Doctores in l solemus. §. latrunculator ff. de iudic pungit Barbos. dict. articul 1 conclus. 1. á num 79 & seqq. licet ipse ibi contrarium videatur asserere; vnde de consensu partium prorogatio fit respectu iurisdictionis quæ tripliciter fit de persona ad personam, de re ad rem, de tempore ad tempus, gloss. in d. l. 1. vbi Bald nu. 5. vbi dicit de loco ad locum iurisdictionem non prorogari, & rationem assignat,

asignat, ita vt iudex qui principaliter cognoscere non poterat, possit incidenter, vt in l.quoties. C.de iudic. tex in l.2.C.de ordine iudic l cum ciuili eod.titul. Quare prorogationem sicut partium consensus inducit sic pariter eam multa impediunt, prout metus, itē error l.si per errorem.ff.de iurisd omni iud. Duen reg.257.Socin. in cap significasti de foro comp quod sine dubio procedit in errore particulari non vero communi l Barbarius ff de officio prætor. Item pænitentia ante litem contestatam. l si conuenerit ff de iurisd omni iud. insuper personæ inhabilitas, nam minor & pupillus non prorogant, nisi sibi expediat Bald.in d l.1. C de iurisdict.omni iudic.num.6. vbi allegat tex. in l.non eo minus.C.de procurator Item impedit iurisdictionis qualitas scilicet si sit criminalis, & causa sit ciuilis, Bart in l.1.C vbi de crimine agi oportet num.3. gloss.verbo iudicibus in d. l.1.C de iurisdict omni iudic gloss. in l.1.& 2.ff.de iudic quia non esset prorogare sed de nouo dare, an autem prorogatio firma sit ante litem contestatam, dubitat Couar.in cap quamuis fol.34. num. 7. & contra aliquos Bald in dict. l.1 num 4 tenet statim formam esse prorogationem, & litis contestationem solum efficere ne postea habeat locum pænitentia, sicque duplicem esse prorogationem alteram reuocabilem ante litis contestationem, alteram irreuocabilem sequta litis contestatione: quæ litis contestatio etiam non sufficiet ficta quando scilicet ex statuto causatur vt lis pro cōtestata habeatur antequā vere à parte contestata sit prout apud nos disponit Ordinat libr.2. titul.20. § 5.& lib 5.titul.124. in princ & libr.3. titul 51.de quo Gama decis 147. nu.1. Cum enim prorogatio requirat consensum, ille qui ex contumacia elicitur non sufficit vt prorogata censeatur iurisdictio iudicis incompetentis, & sic ficta contestatio non videtur sufficiens, ita Bald.in dict l.1. C. vbi de crimine num. 4.

4 Ex quibus elicitur quod dato vero consensu ex parte prorogantis iudicis limitati iurisdictionem, & ad certas causas tantum, nihil impedit quod vera prorogatio dari possit, etiamsi iudex limitatus sit ad certam quantitatem vt in l. cum quædam puella.§. fin. ff. de iurisdict. omni. iudic l. de quare § 1.ff iudic. l.inter conuenientes. ff ad municipal. tamen ex subditorum prorogatione de maiori quantitate cognoscit, quia illud est in qualitate solum differre, quia ea quæ per magis & minus differunt, non differunt specie l fin. ff. de fundo instruct. facit cap. cum olim 1. de offic.de leg. vbi ad diuersas causas sit prorogatio sentit gloss. fin. in l.1. ff. de iudic.ad finem tradit Paulus in l.fin numer.10. & ibi Cagnolus num.46. ff de iurisd. omni iudic.Marianus in dict.cap.significasti numer. 29. de foro comp. Maranta dict. 4. part. 6. distinctiene numer.24.fol.117. Paulus in consi.2. ad fin. libro 2. Barbos. vbi supra num. 96.

5 Vnde illud quod dicitur iurisdictionem priuatiuam esse in prorogabilem, ita debet accipi, vt iurisdictio limitata & priuatiue ad alios, alicui concessa, vel ob faciliorem causarum expeditionem, vel ob alias particulares rationes, boni publici, non possit lædi prorogando alterius iurisdictionem, & ita passiue, quia cum adsit legis prohibitio pactiones litigantium contra legis prohibitionem, non admittuntur, in specie est tex. in l testamenta Cod. de testament. l. repetita & ibi Bald. num. 1. Cod. de episcop. & cler. Bald in l. cum eorum num. 8. Cod de sent. & interlocutio, & in auth.habita num 32. C. ne filius pro patre, Guilelm. in cap. Raynutius,

verbo & vxorem decis. 2. num. 129. Ordinat.libr.1.titul.51. §.1.& 3. Barbos. in d.l.1.articul.4.á num.46.vbi ponit exemplum in domino fæudi. At vero actiue, idest vt prorogari possit iurisdictio iudicis limitati, nihil obstante quo minus prorogatio admittatur, & eo modo procedunt iura, quæ limitatæ iurisdictionis extensionem patiuntur, ad alias causas, quę sint diuersæ qualitatis, dummodo non sint diuersæ speciei. Cuius rei ratio est quia prorogatio, admitti nequit cum præiudicio tertij, quod consideratur respectu iudicis priuatiui, cuius iurisdictio læditur, & boni publici consideratio quod instituit ad illas causas certum iudicem, cum prohibitione aliorum, cuius præcepta infringuntur, Doctor in cap.cæterum de iudic. vbi Felin.num 4. Ruynus cons 7.num.6. libr 4.Cabed.decis.22.num.2. Ordin. dict. lib.1 titul.51 in princ. & titul.87. §.2.& lib.2 tit.63 § 2.

6 Sicque procedit Ordinat.lib.2. titul.1.§.14. dum prorogationem respectu iudicis ecclesiastici prohibet,in casibus quorum cognitio sęcularis est; quod obseruari in Francia asserit Guilelmus, verbo & vxorem, decis. 2. num.53. Aufrer in tract.de potestate eccles. super laicos quæstio 31. & in Nauarra Nauarr cons 51. de senten. excommuni. nu 5 apud nos Barbosa ad l.1 ff.de iud.artic.3 num 139 Vnde non obstabit, quod vidua & pupillus scholastici & similes qui certos habent iudices priuatiue ad alios, ex l. vnica C.quando Imperator Ordinat. libr.3 titul.5 §.3 & libr.3 titul 49 §.2. Possint alterius iurisdictionem prorogare, & electione sibi præiudicant de iure Regio,vt in d §.3 in fine. licet de iure in decisum reliquerit Marianus in cap significasti de foro comp num. 30 & licet miserationis causę priuilegium concessum remitti non posse dixerint plures ex gloss. in d. l. vnica, verbo excedere C.quando Imperator, Guilelmus in cap. verbo qui cum alia, num 134. Nam satisfit cum Barbos.in dict.l.articul.4. num.70. priuilegium miserationis non esse remissibile in se,& in totum, quia implicat esse viduam, & pupillum de iure miserabilem, & non habere priuilegia miserabilium, hoc tamen non tollit quod tales personæ possint in casibus particularibus suo priuilegio renuntiare, quod in ipsorum est fauorem introductum, ne in eo inuiti detineantur contra reg.l quod fauore ff. de legib. quia aliud est renuntiare priuilegio, quod non est licitum, & aliud prorogare, & in consequentiam actus liciti renuntiare per consequentiam priuilegio cuius renuntiatio non est omnimoda sed ad illum tantum casum.

6 Vltimo in iudicem vetitum & prohibitum nulla admittitur prorogatio, repugnat enim legis prohibitio prout est iudex laicus respectu clerici c.significasti de foro cōp. c.si diligenti eod & clericus respectu laici in causis sæcularibus, saltem de iure Regio Ordin d.lib.2. d § 14. Gutierr. libr.3. pract. quæst.30. nu.2. Peres.l.7.titul.1. lib 3.Azeued.d.l 3.ad fin.titul 1.libr.4. Caldas Pereira de potest elig. c.5. nu. 9. facit Ordinat. dict.titul.49.§.2. ibi, *se ella for capas de prorogação.*

7 Ex quibus principijs manifeste apparet prouisoris iurisdictionem, licet limitatam, esse de se prorogabilem, actiué, vt in eum alieni subditi consentire possint, licet eius iurisdictio passiue non prorogetur quia priuatiue ad alios cognoscit, de causis sibi à lege commissis; quod ita accipiendum est, dummodo prorogatio non fiat in diuersa iurisdictionis specie, scilicet quæ ad causas ciuiles spectat cuius opinionis fuit Cabed. decis, 22 quem sequitur & probat Barbos in d.l.1 art 1.n.156.citat Gama decis 219. Nec aliud dicit D.pater meus d.n 20. agit

agit enim de officiali qui extra officium suum,& in rebus ad se non spectantibus scribit, & de iudice qui se alienæ immiscet iurisdictioni, cuius gesta sequitur aperta nullitas Ordin. lib.1.tit 5.§ 8.& tit.11.§.2.& lib.2 titul. 63 §.10. non vero agit de proroganda iudicis incompetentis tantum, non vetiti nec prohibiti, iurisdictione, Valascus autem & iura ab eo citata diriguntur in iudicē vetitū & prohibitū, vnde vir ille doctissimus dū infert ad prouisoris iurisdictionē, eāq; dicit in prorogabilem nō bene videtur attendisse ad iuris fontes, atque ideo merito ab eius traditionibus discedit Barbos. in dict. l.1. à num.121. & 156. Scriba Lemos.

SVMMARIA.

1 *IN hoc regno non permittitur immobilium distractio sine expresso vxoris consensu.*

Barbosæ opinio quod per hanc legem non excluditur consensus per tempus collectum ibi.

2 *Metus reuerentialis an sufficiat ad rescisionem contractus.*

3 *Vbi qui reuerentialem metum patitur læditur enormiter, contractus annullatur.*

4 *In metu graui vxori incusso requiritur vt cadat in constantem fœminam.*

Non requiritur realis pœnæ illatio sed sufficit timor probabilis.ibi.

5 *Quinque conditiones requiruntur in metu.*

6 *Sufficit probare minas licet nihil amplius probetur.*

7 *Probatis verberibus contractus rescinditur.*

In metu magis creditur duobus testibus affirmantibus quam pluribus negantibus.ibi.

8 *Metus quia difficilis est probationis per inditia & coniecturas probatur.*

Quælibet coniectura requirit duos testes.ibi.

Qui sit metus sufficiens relinquitur arbitrio iudicis.ibi.

Plurimum iuuat si vxor sit protestata se per metū consentire. ibi.

9 *Contractus per metum iniuriosum gestus an sit nullus.*

10 *Contractus metu gesti validi sunt.*

11 *Contractu rescisso an fructus veniant à tempore ipsius.*

Tertius emptor qui nescit metum incussum bona fide facit fructus suos.ibi.

12 *Interpretata l.si mancipium.C.de rei vindicat.*

13 *In restituendo emptori pretio quid obseruandum.*

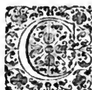
Per impressionem mariti tertius pretium non amittit.ibi.

14 *Hæc actio quo tempore duret.*

15 *Superueniens consensus quomodo elici possit.*

DECISIO XXX.

An alienatio facta à marito consentiente vxore per metum, valida sit, & metus quomodo purgari valeat, ad Ordin. lib. 4. tit. 48.


Vm Monacha da Cunha Portuensis ciuitatis, matrimonio constante mandatum generale, ad vendenda immobilia concederet marito, metu grauissimo compulsa, quia euaginato ense, consensum extorserat, ipse domos vendidit, & post venditionem in Brasilicam prouintiam discessit, mulier per longũ tempus siluit, & post mariti discessum, dominum directum adijt, vt venditionem approbaret, & de obitu mariti certa, litem emptori mouit, vt domos dimitteret, in cuius Rei fauorem in Portuensi Senatu sententia prolata fuit, & in hac superiori diuisis senatorum votis inferioris Curiæ sententia reuocata extitit, condemnato Reo, & quia plurima dubia obiter tacta, & decisa fuere, & materia est quotidiana, quia passim ad senatum similes causæ defferuntur, operæ pretium duxi aliquantulum in ea immorari, agebatur namque in processu de metu & minis mariti, & an contractus redderetur nullus, de minarum probatione, & metus purgatione, precijque restitutione emptori facienda, quæ omnia speciali indigent nota, ideo in ea re insudandum duxi, & pro terminorum cognitione sequentia noto.

1 Primo quod supposito quod in hoc regno immobiliũ distractio absq; expresso vxoris consensu, per scripturam publicam, prohibita est, ex Ord. libr. 4. titul. 48. quam satis explicant Pinel. in l. 1. 3. part. n. 19. de bon. mater. Valasc. consf. 83. nu. 4. & consf. 77. & 85 Cabed. decis. 31. Caldas Pereira ad l. si curatorem, verbo cum non absimilis num. 33. Barbos. in l. 1. 5 part. num. 36. & 37. & in l. diuortio §. fin. Cassaneus. in consuetud rub 4. §. 7. nu. 12. Auend. de exeq. mandatis cap. 12. n. 37. Gama decis 260. & decis. 270. Licet per hanc legem non excludi consensum præsumptione iuris ex temporis diuturnitate collectum sentiat Barbos. in l. 2. § fin. ff. solut. matrimon. num. 30. cuius opinio in puncto iuris videtur verior, per tex. in l. si filius 10. C. de petit. hæred. ex Gomez. 2. tom. cap. 11. num. 17. Tiraq. post leges connubiales gloss. 7. num. 40. Soares de las deudas nu. 28. Lambertengus de contract. glos. 7 nu. 54 Doctores in cap peruenit de emptione per tex ibi.

2 Contra huiusmodi consensum expressum, vel opponitur de metu reuerentiali, vel de metu graui. In primo non sine lite est an sufficiat ad rescisionem actus, negant Bart in l. 1. ff quarum actio § quæ onerandæ, per tex. ibi Angel. in § quadrupli instit. de actio. num. 8. Boer. decis. 190. num. 9. Gutierr de iurament. confirma. 1. part. cap 1. num. 15. & in auth sacramenta num. 93. C. si aduersus, Molin. de primogen. libr. 2 cap 3. num 9. Gomez. 2. tom. cap. 14 num 27. Couar de sponsalib 2 part. cap. 3. § . 6. num. 4 Padilla in l interpositas num. 16. C de transactio, Mascard. conclus. 1035. num 27, Pro qua sententia est tex in l si patre cogente. 22. ff de ritu nuptiar. l fideiussor 26.

iussor 26 §.pater.ff.de pignor l ad inuidiam. l. si per impressionem. C. de his quæ vi, Menoch. qui dicit receptius libr.7.præsumpt.127. num.1. qui ampliat num. 9. etiamsi vxor clam protestetur se vim pati, Tiraquel.post leges connub. gloss.5. nu.39.

3 Contrariam sequuntur plures in d §.quæ notandæ, Soares allegat. 24. Menoch.de arbitrar.cas.136. plures citati à Tiraq. & Mascard. vbi supra Flores ad Gamam decis.250. qui mouentur etiam ex l.fin. §.1. & 2. ff. eo quod metus causa, l. si quis maior.C. de transactio, l.pen.ff.de furtis quibus satisfacit Morla in empor 1 part.titul. 8.quæst.23.num.3.omnium tamen est concors sententia,quod vbi qui reuerentialem metum patitur, læditur enormiter, actus rescindatur, ex Mascard.vbi supra num.15.& 28.vbi communem dicit Duaren. sub titul. quod metus c.1. Padilla in l. interpositas.n. 21.C.de trãsactio.Menoc d.præsumpt. 127. nu.5. Couar.in c.quamuis 3 part. §.4.numer.7. Huic opinioni videtur accedere nostra Ordin dum rescisionem venditionis celebratæ, per reuerentiam permittit, ibi, *porque muytas vezes as molheres por medo ou reuerencia, &c.* prosequitur Sanches de matrim. lib 4.disputat.9.num.12. & disputat.6. per totum.

4 In metu graui vxori incusso vt talis dicatur, requiritur vt cadat in constantem fæminam, gloss & Doct. in cap. cum locum de sponsalib. vbi Præposit. Abb. in cap veniens 1. & c. consultationi post Butri ibi eod.titul. Roman.singul.228. Ias.in l interpositas C.de transactio. vers nunc tamen, Aretin.cons.24.Hippolyt.singul.578. Decius in reg in omnibus. ff de reg. iur. nu.3. Non tamen requiritur vera & realis pænarum illatio, sed sat est vt intercedat timor probabilis,proximæ illationis, l. nec timorem.ff quod metus caus. ibi, *potuisset ea pati quæ dicimus*, argum. l 3. & seq. ff. de donatio caus.mort. ibi, *sed periculi & propinquæ mortis,&c.* facit l.15. titul.2.part.5. ibi, *o le quiziesse dar algunas penas*, Bart. in l. metum autem, num.1. ff quod metus caus Cucus lib.5.instit. titul.12.num. 157.Sanches de matrim.lib.4.disput.1. num.6.

5 Vnde quatuor conditiones requiruntur,vt metus sit grauis,d.l. metum; secunda vt cadat in virum vel fæminam constantem, l 2. ff eo quod metus causa,adeo vt non solum metus incussio,sed probabilis suspitio metus sufficiat, ad rescindundum contractũ, multis comprobat Sanches d.quæst.1. num.17. tertia vt qui infert possit minas exequi,Cucus d titul. 12.num.155. Medices de casib.fortui.quæst.7 num. 67. Roland. cons.85. quarta vt sit solitus minas exequi, dict. l.metum in eodem genere mali cominati, vt per Alex.in dict. l. metum nu 2. Bart.in l. de pupillo §. si quis ff. de noui oper. tex in l.nouissime ff quod falso tutor. Georg. Nata in cap. quamuis pactum de pact.lib.6.vers tertio fallit, Menoc. lib 3.præsumpt.126.nu.24.

6 Sed in hoc articulo pluribus placuit, qui receptius dicunt, quod sufficiat probare minas, intercessisse, licet amplius nihil probetur, quod maritus sit solitus exequi, consuluit Ruynus cons.121. numer.6. volum.4. Padilla in dict l interpositas num.20. Morla d.1.part.titul 8. quæst.23.nu.2. Mascard.dict. conclus. 1055. num.17. Boer. decis. 100. num. 11. Gutierr. de iurament.confirmat. 1. part. cap.1 nu. 15. Alciat.in cap.cum contingat nu.1. de iur.iur. Gama decis. 250. num 5. & decis. 262 num. 1. sibi contrarius dicens quod sufficit minas præcessisse, aut maritum fuisse solitum sæuire, sequitur Flores d additione 250. Menoch.lib.3 præsumpt.127 nu.11.

7 Quando ad probationes huius metus recurrimus, probatis verberibus

vel flagellis apud omnes constat, contractum rescindendum, per tex. vbi notat Abb. in cap causam de offic. de legat. nu. 2. Gama decis 346. nu. 1. Bart. in l si ob turpem ff. de condict. ob turp. Mascard. dict conclus. 1055. num 17. notatur in l. 2. ff quod metus caus & in cap. dilecti eod. titul. nec requiritur vt probetur quod in ipso actu contrahendi incussus est, quia sufficit vt à parte ante interuenisset, etiam ex longo interuallo, dummodo duret eadem cogendi & timendi potestas, & causa, l. 2. C. quod metus caus cap 1. eod titu. Bart. d. l si ob turpem omnes in l qui in aliena ff. acquir hæred. idem Bart. in suo tract. de Tyranide col. 6. & in §. si quis dict l. de pupillo, q 9. Alex. cons 1. & 156. vol. 5. Decius cons. 110. & 468. num 23. & cons 690 num. 11. Bertrand cons. 1. num. 87. volum. 2. Hippolyt in l pen. nu 14 ff de quæstio. Ias. cons. 72. post princip vol. 1. Ratio est quia semel incussus metus, præsumitur durare, Angel in l ad inuidiam Cod quod metus caus. quod maxime infra decennium procedit glos. verbo longe in l. 3. C de his qui vi; licet alij dicant quod duret matrimonio durante, vt per Menoch dict. præsumpt. 126. num 28 Mascard conclus 10. nu. 34 & 36 Nec obstabit, si ex altera parte probetur, quod in ipso actu nullæ minæ intercesserunt quia in hac materia magis creditur duobus testibus de metu quam mille negantibus illũ, ita Innocent. in cap. super hoc de renuntiatio, commendat Rebuff 2. tom. ad leges gall fol. 176. num. 15. Maranta disputat 6. num 36. Boer. quæst. 100. num 3 Cursius in l interpositas. C. de transact numer. 28. & quod notario asserenti liberum fuisse consensum nõ credatur Maranta d. disputat 6 nu 35. quia per solum vultum terribilem minæ incuti possunt, ex Bald. in cap. 1. § iniuria C. de pace iura firm. Angel. in l. qui in aliena. §. fin. ff. acq. hæred. Ias in dict l. de pupillo. §. si quis ipsi quæst 5. Maranta d. disput 6. nu. 17.

8 Atque ideo metus quia difficilis est probationis per coniecturas, & inditia probatur, d. l. metum, Bertrand. cons 336. num. 6. volum. 1 Boer. quæst 101. á numer 2. Menoch. cons. 1. num. 273. & de præsumpt. libr. 3. præsumpt 126. num. 9. Gama decis. 346. num. 2. Couar. dict. cap. 3. § 5. num. 10. Mascard dict conclus. 1056 num. 3 & seqq. Prædictæ tamen coniectura plene probari debent, vt sicut probatio per testes ad minus duos requirit, sic coniecturalis duas saltem habeat coniecturas, quarum quælibet duobus testibus probetur, aduertit Boer decis. 191. in fin Alciat. cons 504. num 1. & cons. 5 nu. 27. Mascard conclus. 1016. num 9. eleganter Barbosa 2 part. l. 1. num. 84. Valasc. cons. 154 num. 20. Qui autem sit metus sufficiens, totum relinquitur arbitrio iudicis, vt attenta qualitate rei cominatæ, personæ incutientis metum, & metum passi, & attenta re quæ per metum fuit extorta, & tandem modo incussionis, rem diffiniat, attendendo semper quod in fæmina minor metus sufficit, ex gloss. in cap. cum locum de sponsalib. Abb. in dict. cap. cum dilecti colum. 2. Couar dict § 4. num 9. Boer. dict decis 101. numer. 2. Molin. libr 2. de primogen cap. 3 numer 10. Gam dict decis 346 num. 1. Tiraquel. l. 9. connubial. num. 160. habito semper respectu, an metus fuerit incussus vt ille contractus celebraretur, ex Afflict. dec. 246. vel si vxor protestata fuerit se violenter compelli, quia hæc protestatio plurimum iuuat, vt in l at si quis § plerique ibi solent testari, & in vers. quippe protestantur ff. de religios & sumptib. funer Abb. & alij in cap. fin de appellat & in cap. 1 quod metus caus Bart in d l. de pupillo § si quis quæst. 11. quod pariter habet locum in protestatione publica ac in secreta,

in secreta, Bald.cons.165.ad fin vol.2. Socin.cons.263 col.4.vol.2. post med. & cons 27 vol.3.

9 Ex superioribus dependet vt videamus, an contractus per metum sic gestus ab vxore, sit nullus, vel valeat mero iure, nullum dicebat D Michael de Barreira quem sequti fuere D Ferdinandus Cabral, & Aluarus Velho viri & nobilissimi & Iurisconsultissimi, quorum patrum sententia aperte comprobatur ex l. 1. Cod de rescind. vendic ibi irrita est probat l. qui in aliena.§.Celsus. ff. acq. hæred. ibi dominum hæredem non facere, in idem est l.qui in carcerem 22 ff quod metus caus.ibi quicquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est, quæ verba nullius momenti, inducunt nullitatem ipso iure, cum verba sint temporis præsentis, gloss. in l iubemus 14 §. æconomus ibi priuetur C.sacros. Tiraq.in l.si vnquam,verbo reuertatur num. 21. quia contractus manet sine consensu, in quo consistit substantia, l.obligationum.ff de actio. & obligat atque ideo ex tali contractu dominium non transferri, dixit Fortunius de vltimo fine, illatione 21.nu. 449. Molin. Theolog disputat 326. libr.2.de iustit tract.2. pluribus com probat Sanches dict.libr.4. disputat.8. num.3.

10 Sed quidem verius est, contractus metu gestos validos esse, licet rescindendi sint, actione quod metus causa, l si mulier 21. §. si metu coactus 2 ff de eo quod metus l si metus 84 ff. acq.hæred & probatur ex l 1.eod. vbi prætor ratum non habet. quod metus causa gestum est, probatur. instit. de exceptioni. ibi, *palam est te iure ciuili obligatum esse*, l.fin.C de his quæ vi, ibi, *præcipimus infirmari*, sicque dixit Gom. libr. 3. variar cap. 4. num. 1. cas 6. Gregor. l.56. verbo desfecho, titul 5. part.5.Menoch cons.2. num 17 vol.1. Padilla in dict. l. interpositas num.4. Barbos.4. part. rubr num.28 & plures alij quos citat Sanches d. disputat. 8. num.4.nec obstat Ordinat.d.titul.48. in princip quæ videtur, nullum reddere contractum, per metum reuerentialem gestum, quia si attente legatur, non ex metu reuerentiali annullat, sed agit de ea quæ tacuit per metum reuerentialem, & sic non præstitit cōsensum expressum, vnde ex deffectu consensus expressi annullatur nō vero ex reuerentiali metu, videndus Gutierr cons.16 num 15. Bursatus libr.1. cons.72.Cenedus 3.part. collectan.10. Barbosa 4.part. rubr. à nu. 29. Afflict. decis. 246. Menoch. cent. 2. cas 136. Gama decis.250.nu.346 Surdus cons. 307.nu.23 & cons 513.nu.43.

11 Proxime his accedit, an rescisso contractu fructus veniant á tempore ipsius, an á lite contestata, rationem dubitandi facit, quia in hac actione veniunt non solum fructus percepti, sed & qui potuerunt percipi, l. sed & partus. ff. quod metus caus. Ias in §. quadrupli instit de actio. num.53 quia non differt metum fuisse incussum, ab emente, vel ab alio tertio, l.si cum exceptione.§ in hac ff.quod metus caus. & ibi gloss. verbo ignorantia Platea & Angel.in d.§.quadrupli, l nō interest, verbo ab alio C.eod titul. insimul nō differt, sine vxore emere vel ipsa per metum consentiente, & tamen Ord. dict. titul 48. §.6. Disponit quòd qui spreta vxore emit non faciat fructus suos ergo &c deinde facit l.si mancipium.C.de rei vindic.ibi, *Si mancipium tuum per vim, vel furtum ablatum, alij ex nulla iusta causa distraxerunt, vindicanti tibi dominium, soluendi pretij nulla necessitas irrogetur*. Sed verius est solum à lite contestata fructus deberi, quando emptor non incusserit metum, vel ne sciuerit, metum incussum fuisse á marito. quia tunc ob bonam fidem suos facit fructus. vt est vulgare in quolibet bonæ fidei possessore, l. ex diuerso

ff.de

ff. de rei vindicat. vbi communis, etiamsi sit factus locupletior, firmat Alex contra Bart. l si vi C. de his quæ vi, num 8. maxime si lapsum sit triennium quo vsucapiuntur.

12 Nec obstabit d l. si mancipiũ, vbi negatur pretij repetitio quando per metum res vendita fuit quoniam illo casu vt gloss. ibi, & in l. 3. C. de his quæ vi, aduertit & sequuntur Bart. & alij pretium non fuit versum in vtilitatem vendentis, quod colligitur ex comparatione furti de quo in illo tex. per quam colligitur, ex venditione nullum commodum fuisse assequtum venditorẽ quemadmodũ nec ex furto solet consequi, & sic illi textui conuenit intellectus gloss & communis, qua ratione perinde est, acsi illi traditum vel solutum non fuisset: secus vero in nostro casu, in quo non probabatur emptori notas fuisses sæuitias, imó bona fide emisse, quo casu fructus lucratur, & venditionis prætium; illi debet restitui, ab vxore quæ rescindere contractum intendit.

13 Vnde in restituendo emptori pretio, distinguendum est quod si venditio fiat omnino spreta vxore, vxor rem vendicare posit, nec pretium refundere teneatur, nisi probetur in ipsius vtilitatem versum fuisse, quia eo casu emptor pretium amittit, Ordin. lib. 4. titul. 48. §. 6. Gama decis. 227. Valasc conf. 83. num. 6. & contra se habet præsumptionem, quod soli marito soluerit, cum sine vxore contraxerit. At vero quando vxor intercesit, licet renitens & compulsa, ita vt emptor ignoret, nec constituatur in mala fide, vtrique pretium soluens, habet pro se præsumptionem iuris, quod pretium in vtriusque vtilitatem versum est, tenent plures quos refert Pinel. in l. 2. num 64. & 66 quod præsumitur vtiliter consumptum, donec contrarium probetur, videndus Rolandin. cons. 64. Ioannes Ferrari. in l. eandem 9. ff. de duob reis, vbi habet quod præsumptio est, quod ad vtrumque prouenit, pro virili, & in hoc regno hæc opinio videtur tenenda, in qua inter coniuges datur bonorum communicatio in simili de patre & filio simul vendente, Boer. quæst. 23. num. 10. Bertrand. cons. 4. numer. 17. libr. 1. Vnde vxor suam dimidietatem pretij exoluet, & altera dimidia pars ipsius á marito, & eius hæredibus condicetur, quia per impresionem mariti, tertius bona fide emens pretium suum non amittit, ex Alex. in l per impresionem. C. de his quæ vi in fine, & ab vtroque venditore recipit, ex Bart. cons. 124 arg. l. reos. §. cum in tabulis. ff. de duob reis, bonus tex. in l. vir vxori. § fin. ff. ad Vellean. Curtius Senior, & plures quos citat Tiraquell. de retract. §. 31. gloss. 1. num. 4. & Boer. quæst. 23. nu. 1. Licet de iure cõmuni multi teneant, contra Bart. ex eo quia ad maritum rei familiaris spectat administratio, cap mulier 23. quæst. 1. Ordinat. libr. 4. titul 66. ibi, *em poder do marido*, Cabed. decis. 106 in princ.

14 Adhuc superest vt videamus quo tempore duret hæc actio; quæ in rem scripta est, & contra tertios transit possessores, & in eo differt ab actione doli, quæ est personalis, vt probat l. si cum exceptione 14. § in hac actione ff. quod metus caus. ibi, *& ex hac re eum qui conuenitur etsi crimine caret lucrum tamen sensisse*, Sanches de matrimon. libr. 4 disputat. 8. num. 7. Vnde durante matrimonio non currit vxori tempus, cum præcedentis metus causa adhuc durare præsumatur. ex Bart. in l fin num. 7. ff. de condict. ob turpem caus plures sequitur & citat Gama d decis. 346. nu 3. & 4. Menoch. dict præsumpt 126. num. 28. Mascard. conclus. 10. num. 34. Sanches d. libr. 4. cap. 18. num. 7. quando autem vxor soluta proponatur, à potestate viri, videtur quod agere debet intra decennium,

nium, ex l.3. C.de his quæ vi, quæ res tali metu possessas à tertio possessore longo tempore præscribi posse asserit, in quo tamen semper videbis Pinel. in auth. nisi num. 35.

15 Vltimo cõcludam quod si post venditionem celebratam, aliqui su peruenian actus, ex quibus appareat mulierem vere consensisse, venditioni metus vtique purgatus censebitur, nam si potens & valens reclamare tacuerit, vel actum positiuum fecerit præcedentis contractus approbatiuũ, vtique iam censetur omnis coactio abesse, & ratificatur quod à principio valide gestum est argum. cap. ad id quod de sponsalib reg. ratihabitionem de reg. iur. libr. 6. cum vulgaribus Menoch. libr. 3. præsumpt. 126. à princip. Gama decis. 348. num. 5. Alciat. in tract. præsumpt. reg. 1 præsumptio. 21. cũ gramatico Crauetta, Cæpola, Mascard. conclus. 151. num. 27 Meneses in l. transactionem. C. de transactio.

Ex quibus principijs videbatur sententia confirmanda quia licet probaretur consensum extorsum, ab vxore grauissimo metu, cum & occidere euaginato ense, & strangulare vxorẽ, manibus ad motis, maritus tentasset, vt consensum eliceret, tamen perfecta venditione, ipse discessit, & licet non esset dissoluta societas, & adhuc timoris causa subesset, tamen non erat negandum, quod vxor posset iudicem addire, & suæ voluntatis protestationem facere, quod si obijciatur, etiam circa hæc versari periculum, quia maritus posset reuerti, qui solebat minas exequi, tamen adhuc vxor dominum directum adijt, sponte sua, & ab eo implorauit contractus confirmationem, quod quidem geri non potest absque animo ratum habendi, marito absente, vt omnis compulsionis causa, & suspitio cessaret, purgato igitur metu, contractus valet à principio: nec obstat d. Ordinat. titul. 8 quæ consensum expressum requirit, cum videatur hic consensus inductus, & præsumptus, & non expressus; quia respondetur consensum expressum iam à principio intercessisse, & satisfactum fuisse formæ legis, vnde dum vxor modo ratificat actum præcedentem, non indiget noua scriptura, quia ex hac approbatione, quæ modo iuuetur, colligimus quod à principio consensus liber, & nõ coactus præstitus fuit: verum contrarium placuit, & annullatus fuit contractus quia intercesserat verus metus, qui purgari non poterat prout in mala fide vera, dixit Valasc consulta. 95. num. 16. negans temporis cursu purgari posse, ex doctrina Bartol. in l. fin. nu. 17. C. vnde vi, Couar. in reg. possessor. 2. part. §. 8. num. 4. Menoch. de recup. remed. 13. num. 70.



SVM-

SVMMARIA.

1 *Cessio iuris ad petendam renouationem an fieri possit.*
Vltima vita solum habet quandam spem pro renouatione omnibus pro indiuiso competentem. ibi.
Si admitteretur talis translatio esset in maximum domini præiudicium. ibi.
2 *Ex consuetudine regni ius renouationis est legabile.*
3 *Hæc consuetudo an extendenda sit ad contractus.*
Consuetudo illa restringi debet ad emphyteusim sæcularem. ibi.
4 *Æquitas suggerit vt dominus renouet.*
Pacta contra renouationis beneficium apposita remouentur. ibi.
Ius renouationis hodie dicitur esse in bonis. ibi.
5 *Consuetudo sicut in profanis admittur sic in ecclesiasticis.*
6 *Non est dispar ratio inter donationem inter viuos, vel per vltimam voluntatem.*
7 *Prælegari potest ius renouandi vni ex liberis sicut & personæ extraneæ.*
8 *Proximior vltimi possessoris non tenetur rem domino reuertenti dimittere etiam quando generationes finitæ sunt, quia habet remedium renouationis.*

DECISIO XXXI.

An tertia & vltima vita in emphyteusi possit ius renouationis per donationem inter viuos, vel causa mortis in alium transferre, & præiudicare proximiori agnato etiamsi emphyteusis sit ecclesiastica, ad Ordin. lib. 4. titul. 37. §. 1.



Cum quãdam Ioanna Ferroa emphyteusim Canonicorũ regularium, in tertia vita possideret cum libera nominandi facultate, ipsa per donationem inter viuos ius renouationis petendæ, in quendam Antonium d'Aguiar transtulit; cum moreretur, nominatus possessionem apprehendit, cui cum dominus directus

vellet

vellet renouare titulum emphyteusis, Hieronymus Ferrão proximior agnatus, contra directum dominum, & possessorem prædij, libellum porrexit, eo fundamento quod ipsi tanquam proximiori debebat fieri renouatio, quia emphyteusis erat ecclesiæ quæ transire non potest ad extraneos. Præses contra Actorem, in fauorem donatarij sententiam protulit, quæ in senatu confirmata extitit, per D. Didacum de Britto, & Vincentium Nogueira viros Iurisprudentissimos, & ad me deuenit super incidenti cum euictum iam esset in principali confirmatione, & quia res est digna notatū, eam non duxi omittendam.

1 Controuertebatur itaque, an sit cessibile renouationis ius, durante vltima vita, & multa se offerūt, ne valeat cessio, tanquam facta de iure extinguendo morte nominantis, argum. l. quod in rerum 24. §. 1. de leg. 1. ibi, *Si vsumfructum habeam illumque legauero nisi postea proprietatem eius nactus fuero, inutile legatum est*, Paulus in l. 5. ff. de vsufruct. legat. l. Titio cum moreretur ff de vsufruct ibi, *In id tempus videlicet collatus quo à persona discedere incipit*, Decius cons. 239 num. 7. & 11. vbi habet obligationem seu donationem ab emphyteuta factam, expirare eius morte, si per eum finitur titulus, Afflict quæst 392. num 28 & in cap 1. §. his consequenter, hic finitur lex Feder. num. 4 non enim talis electio post mortem potest sortiri effectum, quando ipsa vltima vita iam nullum ius habet, nec quidquam nisi quandam spem renouationis, omnibus hæredibus pro indiuiso competentem, ac proinde siue donatio fiat inter viuos, cum de præsenti nullum ius competat, siue per vltimam voluntatem, & via relicti, quod in tempus inhabile confertur, cum iam extinctum sit ius nominantis, seu eligentis, semper dispositio debet, censeri innutilis, argu. l. in tempus ff. de hæred. instit. l. existimo 97. ff. de verbor. obligatio. l. lex vectigali ff de pignor l. serui electione §. cum fundus. ff. leg. 1. tradit Bald. in l. vxor patrui C. de legat. Gomes. 2. tom contract. cap. 12. num. 15. late prosequitur D pater meus de renouatione quæst. 18 num. 21. & quæst. 17. num. 8. sicut alias ius primogenituræ retractus protomiseos prælationis & similia in alium non transferuntur, quia personalia sic pariter nec renouationis ius, quia personale est hæredi, & proximiori agnato inseparabiliter cohærens D Caldas Pereira de renouat. quæst. 13. nu 7. Deinde facit quia si admitteretur, huiusmodi translatio, in vita vltimæ personæ, esset in maximū domini præiudicium, qui fraudaretur electione, quam habet inter pares gradu, & gratificatione, qua vnum alijs præferre potest, filijs defuncti, l. vnum ex familia. §. si de falcidia. ff. de leg. 2. ibi, *eodem vel dispari gradu satis erit vni reliquisse*; domino enim adinstar fideicommissarij conceditur, siquidem iuris necessitate adstringitur, emphyteusim renouare, vt saltē in eo releuetur, vt eligat ex gradu paribus quem malit, Tiraq de retract. lig. §. 26 gloss. 2. num. 2. & de primogenit. quæst. 17. opin 2. num. 23. Aretin. cons. 142. nu. 13. Gomes. l 45. Taur. num. 57. idem D. Caldas Pereira quæst. 18 num. 23 & quæst. 17. num. 21 & num. 33. Impediturque consolidatio vtriusque dominij, finita generatione, quia statim emphyteusis expirat, ex reg. l si vnus § 1. & ibi Bald. & l epistola §. vlt ff de pact. Tiraq de retract conuentio glos. 2. num. 44. & emphyteutam expelli posse dixit Alex. cons. 131. libr 4. nu 3. Decius qui dicit communem cons. 146. num. 7. meminit Gregor. in l 22 titul. 30. part. 3. Tiraq. le Mort part. 3. declaration. 2. num 3. quod sine dubio procedit, stante clausula apponi solita, quod finita generatione ipse do-

O minus

minus possessionem possit apprehendere, vt in venditore probat tex. in l. sub hoc pacto ff. de contrah emptio. argum. l. penult. C de pignor. action. l. creditores. C. de pignor. multis comprobat D. Caldas Pereira de renouat. quæst. 10. nu. 7. & 9.

2 Deinde quia si patriæ consuetudinem attendamus, qua vltima persona in emphyteusi ius renouationis legari potest, de qua agit Valasc. cons. 157. num. 10. & 11. vtique illa admisit, in vltima voluntate vt ius renouationis legabile sit, prout etiam testatur idem dominus meus dict. quæst. 17. num. 20. vbi adducit arestum Senatus Bracharensis, cuius illa tempestate maxima erat authoritas, aderant enim in eo florentissimo senatu viri insignes, & longo æuo memorandi, Dominus Didacus de Sousa qui postea ob singulares animi mores, creatus fuit Episcopus Mirandensis, & obijt Archiepiscopus Eborensis D. P. Correa qui Episcopus extitit Ameænsis, & Bertholameus do Valle qui recusauit Episcopatum Portuensem, senio enim erat grauis, sed illud opus recusant pauci quos æqus amauit Doctor Teuius litteris insignis, D. Antonius d'Almeida qui postea inter sacri Pallatij consiliarios est euectus D. Antonius Franciscus d'Alcaçoua, qui illius senatus Chancellarius extitit, præfectusque maximus arcis de eruercdo, & postea à Rege Henrico vltimo in supremum senatum supplicationis cooptatus, procurator Cæsaris creatus fuit, hos enim & similes sibi sanctus Frater Bertholameus qui clauum almæ illius sedis moderabatur sibi delegebat.

3 Vnde cùm d. consuetudo solum recepta reperiatur in vltimis voluntatibus, non debet extendi ad contractus, nec ad alias personas quam inter liberos, in quibus pietatis ratio consideratur, vt à domino directo, ille elegatur, quem in suo testamento pater designauit, qui magis suæ familiæ inuigilare creditur, vt vellit post se præeligi illum, qui suauioribus moribus imbutus, & qui erga fratres maiorem affectionem ostenderit.

Vltimo quia hæc consuetudo cum laicorum sit, debet restringi ad emphyteuses sæculares, non vero ad ecclesiasticas, quibus tales consuetudines nocere non solent, sicque debet exponi Ordin. lib 4. titul. 36 §. 3 & 4. quod non habeat locum in emphyteusi ecclesiæ, iudicatum dicit Gama decis. 2. nu. 4. & decis. 377. num. 7. D. Caldas Pereira de nomin. q 7. nu. 39. Vnde Ordin. lib. 4. tit. 39. §. fin. & lib 5. tit. 1 iubet vt circa emphyteusis ecclesiæ successionem, & consolidationem seruetur ius canonicum, non vero sæculare, Clarus §. emphyteusis q. 29. n 1. Bursatus cons. 43. num. 15. & 37. libr. 1. Azor instit. moral. part. 1. lib. 8. cap. 12. quæst. 11. Sãches in præcepta Decalog. lib. 2. cap. 19. nu. 24.

4 Verũ contrarium placuit cuius rei illud videtur esse fundamentum, quod licet ex rigore contractus emphyteutici, & clausulis, apponi solitis, finita generatione res emphyteutica libera ad dominum reuerteretur, & quoddam iure consolidationis, vtile directo dominio reunitum cẽseretur, inseparabiliter, ita vt domino liceret emphyteutam expellere, & propria authoritate possessionẽ ingredi, & pro ea interdicto vnde vi experiri, quia ipse ciuilem semper habet possessionem, Tiraq de constit 2 part. ampl. 11. tradit Bald cons. 117. lib 3. quia possessio naturalis fit iniusta, finita ipsius causa, vt per Tiraq le Mort 3. p. declaratione 1. nu 4. Valasc. de iure emphy. q 18. nu 8 D. Caldas Pereira de renou. q. 18. nu. 20. Tamen æquitate suggerente receptum est, vt in aliquibus recederetur à rigore iuris, quod ita temperandũ esse moribus est receptũ, vt finita

vt finita emphyteusi dominus teneretur beneficium renouationis impartiri, quando meliorationes adsint ex Valasc quæst.2.num.7.qui ita decidit ex Bart.sententia in l.1. §.permittitur ff de aqua quotid. Caldas Pereira de renouat. quæst.8. num.19.& quæst.9. num.21.& quæst.17. nu.25. nobili iudicis officio, quod nullam præsupponit obligationem, l qui per collusionem, §. fin ff.de actio.emp. Balb. de præscript 4 part 4.per quæst 30 Iaf.in l prætor ait §.& aliquando nu.15. ff de noui oper.nuntia. & ex honestate solũ deberi dixit Caldas Pereira de renou. quæst.18 nu 25. adhuc tamen Alciat. placuit, in cap.quod sedem de offici. ordin. post num 61. renouationem expediri iudicis officio mercenario, quod præsupponit ex æquitate actionem. & obligationem dari, & Decius cons.389. num.8. asserit quod ille cui debetur renouatio potest rem ab iniuste inuestito euocare. Cumque labentibus annis dominorum ambitio, ęffrenata euaserit,& sæpe clausulas excogitarẽt,& pacta, quibus beneficium renouationis miseris agricolis adimerent, pariter ex eadem æquitate receptum fuit,talia pacta tanquam contra bonos mores apposita, reijcienda à contractibus, & nihilominus renouationem concedendam, quia in renouatione concedenda versatur ius publicum, quod priuatorũ pacto tolli non potest prosequitur D pater meus quæst.11 de renouation nu 21 & nu. 22.in fine, vbi ita in praxi obseruari testatur,nõ obstantibus his quæ Gama decis.41. num.6. & decis 326. num 8. idem de renou. quæst.8. num.19. quæ omnia cum ad hunc statum deuenissent, in fauorem rerum emphyteuticarum possessorum, paulisper introductum fuit, per quandam tacitam alluuionem vt illud ius renouationis, esse in bonis videatur, & esse patrimonij partem, ita vt pro renouatione obtinenda, ius in re competat, dixit Valasc.cons.157 num 32. & in tribunalibus iudicatum,licet D.pater meus pro eo tantũ personalem competere dixerit, de renoua. quæst.9. num 5. & quæstione 12.nu.13 & quæst.19. nu.10. Ex quo apparet quomodo in his renouationibus consuetudine locorum quotidie per tacitum decrementum detrahatur, vnde & emphyteuses diuiduas, per regiones inter hæredes esse vsu quoq; receptũ in pluribus locis est, teste Valasc.de partitio cap.25 nu.7. & cons 71. num.11. Insuper receptum vt illud renouationis ius legari possit, vt recentiori vsu obseruatum testatur Valasc dict.cons.157 num.11 contra ea quæ D.pater meus suo tempore in vsu esse dicit q.17.nu 8. qui multis modis impugnat legari non posse, nec aliud dicit q 9. in princip. quia agit de eo qui rem transfert cum domini consensu, ex qua translatione præiudicat successoribus, quos succedendi spe fraudat, non vero agit de legando renouationis iure.

5 Ex quibus apparet quomodo in fauorem emphyteutarum, quotidie libera disponendi facultas, excrescat, præter iuris communis regulas, & receptas traditiones, quæ consuetudines sicut in rebus profanis sibi locum vindicant, sic pariter obtinere debent in emphyteusis ecclesiæ, vtili dominio, quod ab ipsa per tituli emphyteutici concessionem exiuit, & legibus sæcularibus subijcitur quæ est mens Ordinationis lib.2.titul 1.§.6. dum negata vtilitate sola, reum ad suum iudicem remittendum dicit, quia ex separatione dominiorum vtile per se profanum est,& legibus sæculi gubernandum,ex Gama decis.2.nu 5.& decis.50.num.2. & decis.149 nu 5 & decis.308. nu.6. & decis 315.n 8 D pater meus de renou. q.17.n.9 ad fin. Surdus decis 160 n 15. Barbosa in l.Titia nu 44. Valasc.cons. 134. nu.13. Costa de successione regni

fol.102. Pinel in l.1.C.de bon.mater.n. 11. idem D Caldas Pereira 3 p. de potest eligen.c.15 num.1.& 34. & vltra omnes Gama decis. 41 nu.4.

6 Ex quibus sententiam confirmari placuit, non enim dispar est ratio inter legatum iuris renouandi, & inter donationem inter viuos, quoad potestatem gerentis, cum vtroque casu consistat in iure competenti post mortem, imò facilius debet admitti donatio inter viuos, cum alienatio in vita cum domini consensu, permissa sit, licet noceat spei illorum qui successionem prætendunt, quorũ ius adhuc non est in consideratione, de præsenti, & antequam illi defferatur per mortem possessoris à domino aufertur, sub illa enim conditione illud ius competit agnatis si possessor aliter non disposuerit, sicque procedunt quę D pater meus d. quæst 9 in princ.

7 Solum dubitatio versatur, circa legatum quod domini consensu non expeditur, in quo potuit consuetudo regni iuris positiui regulis derogare, & concedere, disponendi facultatem, prælegandi ius renouationis vni ex liberis, sicut & personæ extraneæ, quando talis sit emphyteusis, quæ ad extraneos transire posset, qualis hęc erat, de qua agebatur, in præsenti, per illa enim verba liberæ nominationis potest emphyteusis ad extraneos deuenire, licet ecclesiastica sit, late D. Caldas Pereira de nomin quæst.21. & q.19 à nu.21. facit Ordin.lib.4.tit.36. §.fin.ibi, *seus herdeiros & successores*, quo casu transit ad extraneos, Duen. reg. 103. limit.10. leges autem Regiæ locũ habent in emphyteusi ecclesiæ, Valas. q.20.nu.6. Gama decis.50. nu.6. idem Valasc.q.17.nu 12.fuit scriba Chaues.

8 Hic subnectam quia ad propositum facit decisionẽ casus, etiã valde notabilis, super emphyteusi cuius cum vltima persona decessisset, frater vltimi possessoris qui dicebatur Didacus Ribeiro de Miranda possessionem occupauit, Dominus directus se spoliatũ asserens actionẽ proposuit coram me, quĩ eo tempore in Portuensi Senatu Prætoris Curialis fungebar officio, dominum nõ restituendum dixi, quia dolo videtur dominũ petere restitutionem rei, quã statim restiturus est, cum præcise fratri, & hæredi debeatur renouatio, extabant enim non mediocria melioramenta vnde non tenetur proximior agnatus qui renouationẽ prætendit, rem dimittere domino, volenti ingredi possessionem, ex Valasc. d consi 157.vers septimo, quia rem reuersam non ita facile domini renouant, sicut de re ad mensam reuersa dicitur in cap.vt super de rebus ecclesi. deinde quia pro renouatione competit ius in re, ex D. Caldas Pereira de renouatione q 7 nu 28. vers. pro hac etiam, & quod possit retineri pro renouatione Gama decis 333 nu.vltim. quod cum ita iudicassem in Senatu Portuensi reuocata fuit d. sententia, quam, cum causa delata esset per grauamen ad hunc senatum, reuocarunt Iurisconsultissimi domini Custodius de Figuieredo, vir non vulgariter eruditus Gondiçalus de Sousa, & Nonius d'Afonsequa Cabral, confirmata mea sententia alia Senatus Portuensis reuocata, quæ proximiorem agnatum amouendum decreuerat.

SVM-

SVMMARIA.

1 Testamenta inter liberos qua solemnitate indigeant.
2 Testamentum inter liberos valet si à parente fuerit subscriptum.
3 Subscriptio parentis qualis esse debeat.
4 Non subscribit nisi qui in arte scribendi peritus est.
5 Duo testes requirūtur qui videant subscribere.
6 Differt testamentum inter liberos à testamento ad pia, quod in hoc requiritur vt duo testes deponant de contentis in testamento secus inter liberos.
7 Literarū comparatio requiritur.
8 Comparationem iunctis alijs adminiculis satis probare.
9 Testamentum patris etiā non subscriptum sufficit si dispositio probetur.
10 Intellectus Ord.lib.4. tit.80.
11 Testamentum inter liberos vt valeat debet in eo obseruari æqualitas inter liberos.
12 Legatarij an sint idonei testes ad probandam fidem testamenti.
Legatarij non sunt testes idonei in testamentis inter liberos.ibi.
Legatarij non sunt idonei testes quando insimul sunt hæredes.ibi.
13 Per testes & filios testatoris non plene probatur fides testamenti.
Filij, nec pro patre, nec contra, testes esse possunt.ibi.
14 Liboniano locus est quādo quis sibi & filijs in potestate scribit.
Secus si filio emancipato.ibi.
Quando quis sibi & filijs scribit requiritur specialis approbatio.ibi.
15 Interpretata l. cum oportet. C. de bon. quæ liber.
Quando sibi quis scribit testamentum præsumitur falsum.ibi.
16 Legatum vel sumit initium in persona vnius vel in persona plurium.
17 Legatū marito relictum qui testamentum scripsit non valet, & in eo habet locum libonianum.
18 Libonianum vnde incæperit.
19 Quando cesset.
20 Casus in quibus pœna remittitur licet relictum non capiatur.
21 Libonianum non habet locum in testamento communi.
22 Maritus respectu vxoris dicitur persona extranea.
23 Libonianum non habet locum in casu mixto, & testamēto cōmuni.
24 Etiam in odiosis fit extensio ad casum mixtum.
25 Specialis subscriptio quomodo cōsideretur.
26 In testamento coniugū qualis illa subscriptio specialis sit.
27 Liboniano non est locus in nuncupatiuo testamento.
Non debet tamen ab scribente legi.ibi.

DECISIO XXXII.

De testamento condito à marito, & vxore in eadem charta sine testibus in quo inter liberos disponunt, & sibi ipsi legata scripsit maritus, qui testamentum scripserat, ad Ordin. lib. 4. titul. 80.

TEstamentum eadē charta condiderant Hector Mendez de Britto, cum vxore Guimar Dias, sine alijs testibus, & approbatione, & in fine ipsius continebantur clausulæ sequentes.

E a todos os dittos tres filhos deixamos os terços de nossas almas, & de toda nossa fazenda inteiramente, & declaramos que reseruamos para nos, ou para qualquer de nos, todos os vsos & fruitos, de todos os nossos terços, em nossa vida, para o que derradeiro fallecer, poder melhorar com os rendimentos à quem lhe parecer, & poderà ate a hora de sua morte acrecentar, ou diminuir, o que lhe parecer, a qualquer de nossos filhos, ou filhas, que lhe parecer necessario, & nolo merecer. Et paulò infra *E não melhorando o que derradeiro de nos ficar, com os vsos & fruitos, dos dittos nossos terços a nenhum dos dittos nossos filhos, ou filhas, os tses vsos & fruitos se partirão igualmente, polos dittos nossos filhos varaoẽs.* Et iterum paulò inferius *E o que derradeiro ficar poderà despender como lhe parecer os dittos vsos & fruitos, sem lhe pedir conta alguem, nem elle ter obrigação de a dar a pessoa algũa.*

Georgius Roiz da Costa gener dict. Hectoris testamentum impugnabat eo fundamento, quod eius fides vacillabat cum nullis muniretur testibus, nec constaret manu vxoris fuisse subscriptum, quam scribendi ignaram asserebat, atque insuper quod ipse Hector qui testamenti notulam confecit, sibi in eodem testamento & filijs in potestate scripserat, ex quo fiebat liboniano locus, ex infra dicendis.

Quibus præhabitis duo discutienda proponebantur. Primum, an valuerit testamentum quasi inter liberos, sine testibus, & approbatione, sola subscriptione testantium: Secundũ, an sit nulla illa clausula quæ respicit tertiæ dispositionem respectu ipsius scribentis, & filiorum in potestate ipsius.

1 Et quo ad primum tritissimi iuris est, testamenta inter liberos, nulla iuris ciuilis solemnitate indigere, l. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de testam auth. quod sine cod. l. fin. C. fam. hercisc. auth si modo eod. titul. auth. de testam. imperfectis col. 8. sufficit namque vt de voluntate constet Nata in reperit dict. auth quod sine, á num. 51. Cephalus cons. 404. num. 3. Clarus § testamentum quæst. 7. & q. 14. Crassus de successio in eod §. testamentum quæst. 16. Couar. in cap relatum 1. num. 12. Zeuallos quæst. 136. per tot. Mantica libr. 6 titul. 2 à princ. & num 9. Costa in cap. si pater. verbo in suo testamento num. 2. Boer. decis. 240. Iosephus Ludouicus conclus. 66. vers. quando vero, Menoch. cons. 42. num. 34. Cabed. decis. 199. Valasc cons. 67 à num. 12.

2 Vnde in dubium reuocatur an testamentum inter liberos valeat, quando ab alio scriptum est, & tantũ à testatore subscriptum, & licet in supra

supradictis iuribus non reperiatur cautum, vt sola subscriptio sufficiat, tamen satis deducitur ex tex. in dict. auth.si modo C fam hercisc & ex dict. auth.quod sine, ibi sine subscriptione á contrario,quia subscribens censetur scribere, omnia contenta in dispositione præcedenti, principium instit. de emptione & venditione l.pluribus vbi Angel.ff de verbor. Ias in l.si ita stipulatus. §.Chrysogonus nu. 2. ff. de verbor.Nata vbi supra n.34. Mascard. conclus.1352. num.65.& est communis ex Valasc. dict. decis. 67. num.8. Ga ma decis.61.nu.2.

3 Circa autem modum subscriptionis variant Doctor. alij namque dicunt non sufficere simplicem subscriptionem testatoris, sed quod debet facere cõmemorationem testamenti, ne apposito sigillo, sine animo testandi fiat,ex Nata vbi supra nu.45.Clarus d.quæst.14. Valasc.d conf.67. num.11. Mascard.num.65. ita tamen,vt in dubio præsumatur legisse,quod subscripsit,Nata d.loco nu.50 Bart.in l.1.§.si quis neget. ad fin. ff. quemadmod. testam.aperi,Ias nu.14.in d l si ita stipulatus. §.Chrysogonus. ff. de verbor. Valasc.nu 10 facit l emptor § Lucius ff. de pactis. l. sicut § non videtur ff. quibus mod. pignus, Nata conf. 287. num.4.decis.Pedamont.36. numer.3. Rebuff.in tract.de Chyrograph.in pręfatione nu.50. Mascard.conclus.1341. ex num.4.

4 Adhoc autem vt subscriptio locum habere possit requiritur quod qui subscribit sit peritus in arte scribendi, quia alias non sufficiet si subscribat signo crucis,vel alia simili nota,d.auth quod sine,& in eo differt,ab eo qui subscribit vt testis,quia signum pro subscriptione sufficit, exaratum ab imperito in arte scribendi. Sicque procedit Ordinat. libr. 3. titul. 25. §. penult. ibi, *por elle feito ou subscripto*, & libr.4. titul.80. § 1. prosequitur Bero. decis.240. num.4. qui requirit vt adsint duo testes, qui deponant quod testator iussit scribere, sequitur Iosephus Ludouic.conclus.66. vers.quod vero, Mascard.d.conclus.1352.nu 67.

5 Vnde illud videtur magis receptum quod in probanda subscriptione debent obseruari sequentia, primum quod adsint duo testes qui vidissent subscribere manu propria, ex gloss.in auth. quod sine, ibi. *ex duobus tamen maribus,&c.*& in auth de testam. imperf. § vlt. verbo diuisione col. 8. ibi, *dummodo de subscriptione vel per duos testes,vel per confessionem constet*, sequitur ibi Bald Fulgos& Ias. & post alios Nata vbi supra à numer. 7. Thomas Gramat.decis.62. num.9. ibi, *Non probabit ipsius voluntatem nisi per duos testes probetur dicta patris voluntas,qui deponant vidisse illam scribere.* sequitur Burgos in l.3. Taur. 1.part. conclus.2. num. 104. Valasc. d.conf.67. num.12. Cephalus conf. 377. num.13. & 14. qui dicit in dubitatum conf.464.nu.15.

6 Vnde illud singulare manet,inter testamentũ inter liberos, respectu aliorum testamentorum, quod etiam in testamento ad pia requiritur, quod testes deponant de contentis in testamentis, at vero inter liberos sufficit quod deponant, se vidisse scribere, licet nihil de contentis in scriptura nouerint.

7 Insuper vltra subscriptionem requiritur quod per illa fiat litterarũ comparatio, cum littera defuncti per notarios, iuxta l.comparationes.C.de fid.instrum. quia cum testes non deponant de ipso negotio, sed solum de facto signi, potest dari fraus Valasc. dict. num. 11. 12. & 15. vbi dicit magis receptum.

Hi tamen testes licet controuersum sit, an iuncta comparatione faciant plenam probationem, & negatiue asserat Bart. quem citat Alex. conf 76. num.7.& 9. vol.3. Menoch. conf. 42.

num.34. volum. 1. Burgos vbi supra num.110. Valasc.nu.14. idem Menoch. libr.2.cas 114. num.22. Mascard.conclus 986. nu.1. Couar practic. cap.22. Valasc.cons.177.nu.4.

8 Tamen alij asserunt, comparationem iunctis alijs adminiculis plenam efficere probationem, ex Bart.in auth.etsi contractus. C.de fid instrum. num.4. Mascard.conclus.328. num.7. Menoch. cons. 114. quia in ciuilibus probationes coniunguntur, l. instrumenta C. de fid instrum. gloss.verbo legitime,in l.2. §. 1. ff. excusat tutor. Molin,libr.1.cap.5.num.vlt. Ordinat. lib.3. titul.52.in princip.& hæc vltima opinio ex iudiciorum praxi receptior & pro ea iudicatur ex Valasc. d. cons. 67.num.14.in fin. Quibus sic obseruatis licet verius sit,quod subscribens nõ indigeat speciali subscriptione, cum commemoratione testamenti, vt contra Bart. ex magis communi tenuit Valasc.de consult.67.num.11 Tamen adhuc non sufficit simplex sigilli appositio, quia licet non debeat testamenti tenorem exprimere, tamen semper oportet vt dicat signo hoc meum testamentum ex eod. Valasc. ibi in fine.

9 Tandem noto quod paternum testamentum, non solum est validum quando á patre est confectum,& subscriptum, sed etiam quando horum neutrum intercedit, dummodo tamen extrinsecus probetur, illud testamentum ipsius esse; d. l vlt. C.fam. hercisc. ibi quibuscumque verbis,vel indicijs, & in auth. de testam. imperfect. in princip ibi. *Apparuerunt autem ex quibusdam indicijs, & coniecturis*; adeò vt olim sine declaratione portionum in quibus filij instituebantur, sustinebatur testamentum, cum magis hoc diuinationem saperet, quam interpraetationem,vt in d auth. de imperfect. testam.ibi,*hanc apprehendentes licentiam*, & ibi, *vt diuinationibus magis quam interpretationibus, &c.* Maiori ergo cum ratione sustinebitur, hoc testamentũ, in quo constat de partibus, & voluntate testantium, cum pluribus adminiculis quibus iuuatur.

10 Quibus suppositis videtur dubitari non posse de validitate testamenti de quo agitur, cum de dispositione plene constet, & vtriusque coniugis subscriptione, & ex declaratione in fine,vt suum adimpleatur testamentum, quod est adminiculum valde considerabile, ex Gramat decis. 62.num.9. Mantica dict libr.6.titul.2. num.2. Valasc. dict. cons.67. num.15. Nec obstabit quod licet supradicta procedere possint, de iure communi, tamen Regia Ordinatio hunc testandi modum non approbauit, dum libr. 4. titul. 80. agens de omnium testamentorum forma, hanc omisit, ibi, *& doutra maneira, &c.* Quibus verbis videtur exclusisse modum testandi, sine testibus, sequta regulam l. dictantibus.C. de testam. Tellius in l.2.Taur. num.20. Couar. in cap. cum esses de testam à princip. Gomes in l.3. Taur. num.39. Cabed. decis 129. numer.3. Verum satisfit, quod Ordinatio non loquitur de forma testaméti inter liberos,quæ remanet in dispositione iuris communis ex reg l.commodissime.ff. de liber. & posthum. & in his testamentis testes non esse necessarios omnes dicunt,ex Bart.in l fideicommissa §. 1. ff de leg. 3. & in l. si is qui ff. de testam.Mascard.vbi supra num.62.

11 Nec etiam obstat testamento de quo agimus, quod adhoc vt inter liberos dispositio valeat, sine testibus, & minus solemnis, debet pater in eo seruare æqualitatem inter liberos, Mantica d lib 6 titul.2. nu 11. Couar. in cap Raynutius. § 1. num 3. alias si inæqualiter disponat testamentũ corruit quando læsio ascendit dimidam, Mantica libr.2.titul.2. nu.24. Surdus cons.29. num. 21. libr. 1. Quia satisfit, quod

quod etsi inæqualis fiat dispositio, inter liberos, adhuc valet vt iudicatum refert Gama decis.61.num.1. maxime quia etiãsi sequamur contrariam, dispositio parentum in hoc testamento, solum versatur circa tertiam bonorũ, cuius dispositio libera est, in hoc regno ex Ordin.lib.4 tit.82.

Cum ergo parentes de tertia bonorum, ad libitũ disponant, nõ potest cõsiderari inæqualitas, in diuisione d tertiæ bonorũ, cũ in legitima filiorũ nulla inæqualitas detur, imò & quoad tertiam inter eos fiat diuisio, licet fructus medij temporis in voluntatem patris conferantur, & succedunt quæ Romanus cons 179 nu 16. & cons 385. nu 5. quod inæqualitas modica tolleratur, dicit communem Socin. Iun. cõs 147. nu 33. vol. 2. & cons. 289. nu. 87 libr 2. Cuman. in l. filius qui in potestate ff. de liber. & posthum. Tiraq de primog. quæst 4. n. 4. Couar. in cap. Raynutius §. 1. nu. 3. Boer. decis 240. nu 8. Gabriel libr. 4. titul. de testament. conclus. 6. num. 5.

12 Nec pariter obstabit, quod testes qui in præsenti adsunt, quibus veritas subscriptionis probatur, sunt legatarij quibus fides in hoc adhiberi non potest, ex reg. l. omnibus C de testibus; nam licet legatarij, in testamentis testes esse posstint, vt in § legatarij instit. de testam Abb in cap nuper de testibus, Duen reg. 409 Mascard conclus 971 nu. 1. idemque obtineat quãdo agitur de publicando testamento, vt in l. publicati. C. de testam. Ordin. lib 4 tit 80 § 3 Farin de testibus q 60. nu. 287 quia illorum cõmodum venit in consequentiam, Paulus in l. qui testamento nu. 4 ff. de testam. ita vt sicut qui potest esse testis, ad solemnisandum testamentũ ita pariter posstit esse testis, ad probandam veritatem ipsius, & subscriptionis. Farin. vbi supra num 289. Tamen illud videtur fallere, quando testamentum non est redactum inscriptis per notarium, & pendet eius validitas à testimonio legatariorum, quia tunc, non videtur valere eorum dictum, quia tendit eorum testimonium ad validandum legatum suum, Abb. vbi supra vbi Felin. num. 11. Alex. cons. 177. nu. 9 libr. 2. Viglius in d §. legatarij nu. 10. Mascar. conclus. 971. num 3. Deinde legatarij non admittuntur in testamentis inter liberos, sed in testamentis ordinarijs, in quibus maior numerus testium adhibetur, quia tunc eorum fides ex alijs suppletur, & est communis ex Bart. in dict l dictantibus. C. de testam. num. 2. Mascard. vbi supra nu 6 Deinde quia hi legatarij, sunt insimul hæredes cum testatrix solum de sua tertia disposuerit, ex qua dispositione, de iure regio resultat tacita institutio in legitima, Ordinat. libr 4 titul. 82. quo dato omnino à testificando repellendi sunt, d. l. qui testamẽto, ibi, *In eodẽ testamẽto testis esse non potest*, §. sed neq; instit. illo titul. Conan. libr. 9. commentar. cap. 3. Mascard conclus. 1357. num. 5. & multum prodest legatarijs, vt sint hæredes vt accipiant titulo prælegati tertiam, quam ab intestato accipere non debent.

Satisfit tamẽ quod legatariorum fides ex alijs testibus suppletur, sic conformiter de subscriptione deponentibus, quibus accedit & vxoris Rei testimonium, quæ recognouit matris suæ signum, & succedit Ordin lib. 3. tit. 25. §. 9. Quod cõfessio partis, omnes probationes vincit, Ordin. lib. 3 tit. 59 § 5. & titul 52. §. 3. & lib 4 tit. 19 § 2 Gama decis 43. Valasc allegat 72. num 27 & 53. alter Valasc. q 7 num 27 Caldas Pereira de potestat. elig cap. 71 num. 19.

13 Qua tamen difficultas ex supra posita respõsione, omnino nõ tollitur, atque ideò in contrariam sententiam inclinaui quæ mihi validioribus fundamentis niti visa est, & eo motus fui quia

quia fides testaméti, & subscriptionis, non probabatur, cum testes fere omnes essent filij, quos à testificando in causa parentum arcet lex Regia libr. 3 titul. 56. §. 1. quæ licet non loquatur de patre, loquitur tamen de Auo, cumque in principio æquiparasset patrem & auum, licet postea in dispositione solum de auo loquatur dispositum in vno casu ex æquiparatis per viam regulæ, censetur dispositum in vtroque ex gloss. recepta in l. si quis seruo C de furt. Duoque testes qui dicunt quod viderunt matrem subscribere sunt legatarij in tertia, & per cõsequens hæredes instituti tacite per d Ord tit 82. Testesq; esse nequeunt per d l. qui testamento. l. parentes. C. de testibus. l. 14 titul. 16. part. 3. Mascar. conclus. 1148. & 1357. num. 43. Farin. in praxi part. 2. de opposition contra test. quæst. 54. num. 145 Morla in empor 1 part. titul. 11. in prælud, nu. 40. Nec obstat vxoris rei testimonium dum matris signum agnouit, quia loquitur de suo videri, & cum sit filia nec pro, nec contra matrem testis esse potest, & illius dictum alterius fide nõ coadiuuatur, cum reliqui testes sint inhabiles, cũ legatarij & hæredes sint, imó nec sufficeret testibus probari illud signum, esse testatoris, quia insuper requirebatur, quod subscribens saltem generaliter dixisset, quod illud erat suum testamentum, vt requirit Valasc. d conf. 67. n. 11. sequitur Clarus d §. testamentum. §. 14. nu. 14. vbi dicit quod opinio Bartoli qui requirebat specialem subscriptionem, sequenda erat, nisi quando adessent alia adminicula & argumenta, quibus deficientibus Bartoli opinionem sequitur, & in hoc testamento, nulla alia inditia, nec argumẽta dispositionis sumuntur, nisi ipsa subscriptio, & quamuis plures alij testes deponant, illam litteram & sub scriptionem videri esse defunctæ, tamen adhuc debuerat fieri litteræ comparatio, quæ defuit ex Valasc. conf. 67. num 14 & ex infra dicendis, quod fuerit legatum scriptum à marito sibi, & filijs in potestate quod ex vtroque capite consistere non potest.

14 In secunda autem quæstione an liboniano sit locus, in hoc casu, vt legatum relictum sibi, & filijs in potestate scribentis cõstitutis, nõ valeat; est notandum, quod ex verbis testamenti in initio relatis, constat tria legata in hac dispositione considerari posse: primum quod relinquitur filijs de tertia defuncti; secundum relictum marito vt ipse frueretur, & tempore mortis suæ diuideret; tertium quod quando nõ nominasset, nec diuisisset, tunc filij æqualiter admitterentur.

Secundo quod liboniano cauetur, ne quis sibi, vel filio quẽ habet in potestate scribat, vnde edicto non erit locus, quando filio emancipato, scribat vel adoptato, si per adoptionẽ exijsset á patria potestate, l. impuberem. §. si ei filio ff. de falsis, vel quando in testamento comilitonis scribit legatũ filio militi, quia relictum valet, l. si pater ff. de fals. l. 4. C. Castr. pecul. si autem filio capto ab hostibus, ex euentu pendet an liboniano sit locus, quia si ab hostibus redierit tũc erit locus edicto, si vero apud hostes decesserit tunc cessat pœna l si seruo 101 §. 1. ff. de leg. 1. fari de falsitate q. 150. ex num 291.

Quando tamen in testamento, quo quis sibi vel filijs in potestate scribit, datur specialis ipsius approbatio, & indiuidua, cessat edictum, generalis tamen non sufficit, l. si testator C de his qui sibi scrib l diuus § plane ff ad l. Cornel ibi nec generalem subscriptionem valere, nisi sit filius qui scripsit, l 1. §. inter filium ff de fals quia tunc sufficit subscriptio generalis, Valasc. conf 178. nu. 12 patet ex d § inter filium ibi dictaui & recognoui, eleganter Cuiac. libr 3. sub titulo de his qui sibi scribunt fol. 1314. Clarus

§ fallum

§.falsum à num.27.

15 . Ex quibus primum legatum, relictum filijs, æqualiter de tertia testatricis, nullo modo valere potest, quia à patre filijs in sua potestate scriptum, l. 1. ff. de his quæ pro non script. l. si quis legatum. §.diuus.ff de falsis, l.filius eod. ibi, *nobis vel his quos in potestate habemus*, gloss. in l.impuberem §.sed ei filio ff.de falsis.l.de eo.l. si pater eod. Bart.in d.l.de eo, Angel. in d. l.1. num.2. Sali in l.qui in testamento num. 1. & 2. C. de his qui sibi scrib.Deci. conf.103. num.1. Farin. de falsit. d.quæst.150. nu.176. Peregrin. de iur. fisc.libr.3.titul.12.à princip.

Obstat tamen quod hodie, stante l.cum oportet. C. de bon. quæ liber. videtur legatum hoc validum esse, cum proprietas patri non acquiratur,sed solus vsusfructus,quia æquiparatur emancipato filius respectu proprietatis, argum dict.l.si pater.d.l.impuberem.§.1. Verum satisfit, cũ Bart. ibi verbo in adoptionem, quod legatum semper est innutile, quia ex liboniano præsumitur testamentum falsum, l.1.§ filius, & §.sequens. ff de fals. ibi, *quasi falsum nomen serui subducitur, & perinde habetur ac si nihil fuisset scriptum*,& probatur appertius in dict § sequens, vbi seruo communi legatum relictum non valet, quia falsitas totum vitiat quoad vtrumque dominum, licet quod quis sibi, & Titio scribit valere posit pro parte Titij, in quo non dabatur eadem ratio, respectu enim illius cessabat præsumptio falsitatis.

16 Vel dici potest, quod vel legatum sumit initium, in persona vnius vel in personis plurium, primo casu quando scribitur seruo communi, in eius persona legatum consistit, cuius nomen si detrahitur à testamento quasi falso suppositum, neutri deberi potest, nec acquiritur, l. qui liberis.§. hęc verba ff.de vulgar. l. debitor 82.§. seruo alieno, vers. cæterum ff de legat. 2. atque ideó legatum fit innutile in totum, quando vero sumit initium,in personis plurium, veluti quando mihi, & titio relinquitur, tunc licet scribentis nomen detrahatur, non tamen detrahitur socij, collegatarij, qui totum consequitur, dimidium iure proprio, & alteram partem iure accrescendi.& sic illa iura possunt conciliari, prout docuit Bart.& Accursius in dict. §.1 l. impuberem. Vnde cum illud legatũ, in personis filiorũ sumpserit initium, omnino est innutile, quia in hoc regno, tenemur sequi Bart.& Accursium, Ord lib.3.tit.64.in princ. maius esset dubium, si patri non quæreretur vsusfructus, veluti quia ea conditione esset relictum,& tunc non esse locum liboniano dixit idem Bartol. in d.§.1. ibi, *fateor tamen quod si patri non acquiratur vsusfructus tunc excusatur pater quia esset eadem ratio quæ in emancipato*, sed adhuc eo casu quæri quandam cõmoditatem dixit Ias. in l. filiusfam. ff. de legat.1. nu.157. quæ legatum vitiat.

17 In secundo autem legato, relicto marito, vt ipse fruatur,& tempore mortis diuidat, inter liberos pariter resoluendum est, non valuisse, cũ defficiat specialis approbatio. vt liboniano non sit locus, nec ipse sibi posset scribere, insuper quia legatum relictũ à marito vxori vel èconuerso indigent omni solemnitate, quia sunt extranei inter se,licet quoad liberos non sit necessaria, auth de testam imperfect. vers si vero col 8.auth.quod sine C.de testam.& d l fin C.famil hercis.d.§ ex imperfecto in fin eodemq; pede claudicat, vltimũ legatum, vt quãdo pater non diuidat fructus omnes pariter filij admittantur . & licet videretur, quod hoc legatũ valere posset, cũ confertatur in tempus solutæ patriæ potestatis, & quia initiũ sũpserat in diuersis personis, scilicet in patre & filijs,& succedat reg. d.§.sequẽs quod quãdo in persona

vnius

vnius non valet, possit valere in persona sequentis, tamen in nostro casu, vacillat fides testamenti, ex non probata subscriptione speciali, quæ requirebatur, atque hoc dato totum corpus ipsius suspectum redditur, & quoad singulas partes inutile fit, atque ideó in neutro dispositionem probandam Senatus censuit. Scriba Garces. Reuisio tamen petita fuit, & adhuc sub iudicibus lis est.

Alter contigit casus proximo similis, inter Mariam de Sousa, & dominũ Christophorum de Noronha, casus sic accidit, Christophorus cum prima vxore testamentum condidit in scriptis, in quo se ad inuicem hæredes instituerunt, & nominationes emphyteuticas sibi maritus adscripsit, mortua vxore hæres ipsius, dict. Maria nullitatem testamenti & nominationum arguebat, eo quod defficiebat specialis relictorum approbatio verba testatricis in approbatione posita sic habebant; *Feita por elles escrita por elle senhor Dom Christouão, & assinada por ambos, a qual aprouão & ratificão tudo o conteudo nella; & ella senhora Dona Guimar disse que ella o lera & vira, & por isso assinara nelle, & que tudo o conteudo nelle; quer que se cumpra &c.* Pro Reo sententia lata fuit à Præside Curiali Ludouico d'Araujo Iurisconsultissimo quæ confirmata fuit in senatu, per eximios senatores Didacum de Britto, & Michaelem de Barreira, reluctante Nonio d'Afonsequa Cabral qui testamentum dicebat nullum, quod liboniano esset locus in testamento coniugum, ex notatis à Valasc. conf 7. nu. 6. & 177 num 2 facit tex. in l quæ in testamento C. de his qui sibi adscrib. Valasc vbi supra num. 4. Gama decis. 231 num .. Petrus Barbosa in priuatis scholijs ad l patris & filij scholio 2. ff. de vulgar ex sententia Celsi conf. 14. Maxime quia non reperitur specialis subscriptio, prout requirebatur, quando scriptura à iure est prohibita, post Felin. in cap. quoniã contra de probatio nu 48. Mascard conclus 1348. num 13. Soares in l post rem ampl 2. num 7. Alex. volum 2. conf. 147. nu. 6. quia licet paria sint scribere, & subscribere, l. si ego § dotis ff. de iur dot. l. si ita § Chrysogonus. ff de verbor. vbi Bart. Bursatus conf 39. num 24. Ord. libr. 4 titul 80. §. 1. & lib. 3. titul. 25. § 9. & lib 1. titul 10 § 1. in fine, tamen hoc non habet locum, quando scriptura est prohibita, vt dictum est, nec ex approbationis instrumento, hoc vitium suppletur, quia hoc concernit solemnitatem, non substantiam, Gama vbi supra num. 5 & decis 157. Valasc dict. conf. 177. num. 10 ex his itaque annullabat, & insuper quia in eo non reperiebantur testes, omni exceptione maiores, cum alter esset affinis, duo essent famuli Rei, ex his quæ Farin. 2. tom. de opposit. contra test. quæst. 54. num. 1 & quæst 55 ex nu. 1. Valasc. conf. 45 nam licet iure communi inspecto testamentum valeat, etsi aliqui testes non sint omni exceptione maiores. vt post alios Viglius in § sed neque instit. de testam. Conan. libr. 9. cap. 3. num 5. Valasc conf 117 num. 13. tamen quando coarctatur á lege numerus ordinarius in actu, debent esse testes omni exceptione maiores, vt cũ Decio & Tellio in l. 3. Taur. 2. part. nu 13 Valasc vbi supra nu. 16. Cabed. decis 169. nu. fin. Et vltimo annullabat, quia cum duplex sit testamentũ, viri, & vxoris duplex debet esse interrogatio, notarij vt per Valasc d conf. 7. num. 4 quia cum solemnitas sit formalis si defficiat, actus corruit, Valas. 2. tom. conf. 149. alter Valasc. allegat. 61. num. 29.

Cum reuisio peteretur à sententia senatus post elegantissimas deliberationes, alteram doctissimi D. Thomas Pinheiro da Veiga, quem Papiniano æqualem ingenio iudico tertio loco

dixi

dixi reuisionem non concedendam ex sequentibus.

18 Quod Senatusconsulto, & edicto Diui Claudij, prohibitum est, eos qui adscribenda testamenta adhibentur, quamuis dictãte testatore, aliquod emolumentum sibi futurum scribere, primum Senatusconsultum Tiberio, secundum diuo Claudio tribuitur, & ideò Claudianum dicitur licet falso Neroni hoc vltimũ accomodet Suetonius in Nerone cap. 17.

Vnde fit quod si inuito vel ignorante testatore, testamentarius sibi adscribit hæreditatem, vel legatum, directo locus est legi Corneliæ, nõ vero liboniano, l adimenda. ff de fals. si autem adscribat iubente testatore, non falsum sed quasi committitur, & hoc ex liboniano redigitur ad pęnam falsi, & scriptum pro non scripto habetur, l. 2. §. 1. C. de his qui sibi fiscus tamen liboniano non vocatur Cuiat. in titul. C. de his qui sibi tom. 3. fol mihi 1314.

19 Cessat libonianum si ea pars, quæ testamentario relicta est, manu testatoris sit exarata, l. 2. in princ. C. de his qui sibi, non enim inconuenit, vt vna pars manu Titij, altera Sempronij scripta reperiatur, l. Claudius. §. vlt. ff. de fals. Secundus si testator testamento subscripsit, cum ea differentia, quod si filius vel seruus in testamento sibi adscripsit, subscriptio generalis sufficiat, si vero sit extraneus requiratur specialis, l. 1. §. inter filium. ff. de falsis, l. diuus eod. quæ autem sit specialis vel generalis subscriptio, non satis constat, Accursius in dict §. inter filium, verbo subscriptio, eam dicit specialem, in qua exprimitur persona legatarij, licet res relicta non nominetur, ex Bart. ibi num. 1. citans gloss. in l. 2. C. de his qui sibi, vbi Salycet. num. 2. Angel. in l. 1. num. 1. C. eod. Ripa in l. 1. num. 67. ff. de vulgari, & verius videtur ex sententia Cuiatij, vt generalis sit approbatio, si veluti dicat, hoc testamentum dictaui, specialis vero quæ illi dictaui, & recognoui, d. §. inter filium, Farin. quæst. 150. nu. 205. prosequitur Odofred. in d. l. 1. in fin. C. de his qui sibi, Azo. in summa illius titul. num. 6. Franciscus Bessius cons. 103. in 1. dub.

Tertius casus est, si is qui sibi ad scripsit est filius emancipatus, nam si volente patre, se hæredem ex asse scripsit, quia is solus est venturus ad hæreditatem ab intestato, frustra ea institutio pro non scripta haberetur, cum ab intestato tota hæreditas sit reditura ad filium, tanquam honorarium successorem patris, per bonorum possessionem vnde liberi, l. filius §. maritus ff. de fals. quod secus est si filio emancipato, datus est cohæres, quia defertur hæreditas ad cohæredem per ius accrescendi, & fit locus liboniano Iulius pasius in illo titul. C. de his qui sibi, Cuiat. vbi supra. Quartus casus est, si impubes sibi adscribat, quia dolus malus in eam ætatem non cadit, l. impuberem ff. de fals. Quintus in nuncupatiuo testamento coram testibus lecto, vt per Valasc. cons. 177. num. 13. ex Angel. Salycet. Alex. & alijs.

20 Omitto alios casus in quibus pœna remittitur, licet relictum non capiatur, vt in errante, in milite, in muliere, in seruo, in filio in potestate, l. 3. l. 5. l. diuus. §. matri, l. si pater. §. 1. l. filius 14. ff. de falsis, quibus accedit maritus. l. quæ in testamento. C. de his qui sibi, si in testamento vxoris sibi adscribit.

His principijs inferendo ad nostrũ casum, videtur illum nec Claudiano nec Liboniano includi, quia illa Senatusconsulta obtinent, in illis qui in testamento alieno adhibentur, & sibi adscribunt, l. senatus. C. de his qui sibi, ibi, *adscribenda testamenta adhibentur.*

21 Cum ergo maritus qui in eadem charta cum vxore testatur, non

P alienum

alienum sed proprium testamentum scribat, non ab vxore adhibetur ad scribendum, sed suam causam agens, negotium sibi & vxori commune gerit, nec inconuenit vt partim quis propriam, partim alienam causam faciat, diuersis respectibus, vt in tutore sibi soluente, l. quoties. §. sicut, & §. non autem. ff. de administr. tutor. ibi, *nam & sibi soluere potest*, & in d. §. non autem, ibi, *verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest*, explicat eleganter D pater meus verbo contractum fecisti. C. de in integr. num. 25. & in eadem persona posse considerari diuersos respectus prosequitur Cabed. decis. 112. 2. part. num. 6. & arest. 46. Gama decis 230. & 353. Barbosa in l. quia tale nu. 96. ff solut. matrim.

Quare cum maritus non ad scribendum adhibitus ab vxore sit, sed mutua affectione vterque disposuerit, se ad inuicem instituendo, vt de iure licet pacisci, l. licet C. de pact. cuius dispositio in coniugibus recepta est, vt per Ias. in illo tex. num. 3 Alciat. 4. idem Alciat. lib. 2. parerg. c. 31. Gama decis. 231. ad fin. Conanus libr. 10 iuris ciuil. cap. 6. num 6. Duen reg. 172. Pechius de testam coniug cap. 43. licet Sarmiento selectarum cap 4. num. 3 eam institutionem captatoriam appellet, & nouissime Faber. de erroribus. pragmatic decad. 82. errore 4.

Inde fit, quod quando maritus vxori donat, omnia bona sua, eamque post se relinquit hæredem, non debet prohiberi vt donationem sibi scribat, cessante suspicione fraudis, in eo qui sua donat nō enim aucupādæ hæreditatis alienæ causa donatum videtur, quādo maritus vxorem heredem instituit, nec dicitur mittere in hamos, vt dixit Martialis sicut alias inter eos prohibita, simplici donatione, non prohibetur reciproca, l. quod autem. § 1. vers. si vir. ff de donatio inter vir. faciunt quæ Cuiat. lib. 9. obserua. cap 30. Tiraquell. in l. si vnquam, verbo donatione num. 108. Valasc. consil. 177. num 14.

22 Obstat tamen adhuc quod maritus respectu vxoris testantis reputatur persona extranea, atque ita respectu ipsius debet in eo actu interuenire omnis solemnitas, á lege requisita, auth de testam. imperfect collat. 8. vers nos igitur, ibi, *si tamen aut vxori, aut extraneis personis, &c.* & eodem modo procedit tex. in auth hac consultissima §. ex imperfecto C. de testam. in fine, vbi respectu extranei omnis solemnitas actus desideratur, vnde fit consequens quod vbi extraneus sibi adscribit, necessaria est specialis subscriptio, vt relictum capi possit, quare sic recipiendum est respectu mariti nisi specialis approbatio detur, quæ solemnitas est necessaria ad actus validitatem vt supra dixi.

23 Quia respondetur quod in omnibus libonianı regulis, supra positis, nulla reperitur quæ de communi testamento viri, & vxoris loquatur, nec aliud probat l. quæ in testamento C. de his qui sibi, quia loquitur in marito adhibito ad scribendum testamentum non suum, vt per Bald & Salycet in dict l. 1. Magon decis Florent. 53 num. 1. Farin de falsitat. quæst. 150 num. 178. Menoch. lib. 3 præsumpt. 66. á num. 10. Gama decis. 231. nu. 1.

Quare hic casus debet censeri mixtus, in quo datur concursus testamenti alieni, & proprij, seu duo testamenta sunt eodem contextu, vt per Gamam vbi supra in fin. Gutierr. cons. 3 nu 6. & succedit iuris regula quod in materia fauorabili, sub simplici continetur casus mixtus, Bart. in l gallus §. & quid si tantum ff de liber & posthum. num. 3. Sicque conciliatur tex. in l. vim passam. ff ad l Iul. ff. de adulter. cum lege si ita ff illo titul. Tiraq ad leges conubia gloss. 5. nu. 71. Sanches lib. 2. disput. 23. num. 27.

Non

Non vero in odiosis.

24 Nec obstat quod etiã in odiosis, fit extensio ad casum mixtũ, ex his quæ Surd. cõs. 33. n. 29. quia illud procedit in casibus æquiparatis per viam regulæ, de quibus Ordinat. libr. 4. titul. 87. §. 2. & libr. 2. titul. 13. dum extenditur ad casum citationis, in dispositione nõ expresso, in quibus eadem vel maior datur ratio, vel dici potest, quod quando in odiosis fit extensio, est ad casum, non vero ad pænam, late Barbosa in l. si constante à num. 92. & 99. & 105. Tiraq. in l. si vnquam in præfatione num. 119.

Nec obstabit, si quis replicet, hunc casum comprehendi sub prohibitione liboniani, ex vi comprehensionis, arg. eorũ quæ per D. patrẽ meũ de nomin. q. 13. n. 17. quia satisfit, non posse comprehendi, quando in eo sic considerato, datur diuersa ratio, à casu simplici, quia cessat in eo omnis fraudis præsumptio, quia in reciproca institutione certum est, vtrumque se hæredem facere, non simpliciter vt statim capiat, sed sub ea conditione si super viuat, nec maritus ex eo quod Iunior est vxore, potest sibi Crastinũ polliceri, & succedunt quæ in emancipato, qui sibi scribit, à cuius scriptura liboniani consideratio remouetur, quia nullus alius hæres futurus est; maxime si consideremus quod sicut libonianum cessat, vbi quis sua manu portionem scribit testamentario, vt supra dixi, sic pariter cessare debet, vbi maritus dictante vxore, testamentum commune scribit, quia cum vterque scribere non posit, ex sola subscriptione censetur, omnia scripsisse, quæ in testamento continentur, ac si propria manu id fecisset, ex doctrina Bart. in l si testamentum. ff. de testam. & in l. Cayus. ff. de pignorat. actione, & in l. sicut § non videtur. ff. quib. mod. pign idem Bart in l. quæ dotis nu. 26. & 27. ff. sol. matrim eleganter Bursatus cons. 39. num. 24. late Menoch. d præsumpt. 66. nu. 10. sicut alias videmus in Chyrographo, viri & vxoris, vel in mandato ad iuditia, quod ex Ord. lib. 3 tit. 59. §. 15. manu propria fieri debet, & tamen sufficit, vt maritus scribat, & vxor subscribat, quia cum ab vtroque scribi non posit, eodem actu, & ictu, sufficit vt ab altero scriptum alter subscribat, sicut etiam solemnitas traditionis testamenti approbandi, quæ secundum Ordinationem fieri debet de manu testatoris, ad manum notarij, lib. 4. tit. 80. § 1. cum speciali interrogatione, & traditione, sufficit si vterq; interrogetur insimul, & vnus tradat nomine, vtriusque Valasc. cons 7. n. 4. quia scilicet in actu mixto, sola illa solemnitas attenditur, quæ in simplici obseruatur, etiam quando illa formalis est, qualis est illa quæ in testamentorum ordinatione præcipitur, Valasc. cons. 149. Vas allegat. 61. n. 29. quare hoc testamentum debet censeri manu propria vxoris scriptum, & sic in eo non habere locũ libor i num, vt supra dixi, ex l 2. C. de his qui sibi, & in processu alter apendebatur in quo in senatu obtinuit liboniano non esse locum in testamento communi coniugum sicque fuisse iudicatum.

25 Sed esto agnoscamus in hoc testamento testatricis requiri specialẽ subscriptionem, quia scriptura illa est à iure reprobata, vt considerat Sfortia cons 100 nu. 8. vbi citat Paulum cons. 209. Masc. cõcl. 1347. Soares in l. post rem ampliat 2. nu 6. & 7. Adhuc puto, nostrum esse extra liboniani prohibitionem, ad quod moueor duplici ratione, prima est quod hoc testamentũ clausum dicitur factũ in scriptis; Ord. lib 4 titul. 80 § 1. quia etiam si fiat per tabellionem vel scribatur ab altero, corã testibus adhuc est nuncupatiuũ, §. per nuncupationem, l. hac consultissima C de testam & in hunc sensum est accipienda d Ordinatio cũ suis §§.

vt in illis de nuncupatiuo loquatur excepto dict §.1.vbi de testamento in scriptis, glossatores in l. Tau. 3 Couar. in c. cum esses de testam Valasc.cons. 177. nu. 6. Cuius testamenti in scriptis formæ repugnat, vt testator declaret voluntatem suam, si namque illam apperiat coram testibus desinet esse secreta, & fiet nuncupatiua. Quare non est dicendum testatorem debere suam dispositionem destruere, & secretum suæ, & alienæ voluntatis, reuelare coram testibus, vnde quia natura actus nõ patitur magis specialem subscriptionem, dicendum est in testamento in scriptis clauso in forma iuris communis illam generalem subscriptionẽ haberi pro speciali, vt actus confirmetur insimili Bart in d l. 1. ff. de falsis, vbi generalem subscriptionẽ ad specialem trahi posse asserit, quando ad vnum solum casum referri potest, quia vbi vnica ratio solum reddi potest, illa habetur pro expressa Ias. in §. omnium instit. de actio. nu. 38.

Nec obstabit si quis replicet de iure communi etiam esse testamenta in scriptis quæ fiebant in secreto, & tamẽ in his liboniano locus erat, quia respondetur quod post clausum in secreto testamentum sufficiebat, vt testes adhiberentur septem, masculi, liberi, & pro talibus reputati, puberes, & rogati, coram quibus testator suum id esse testamentum manifestabat, ipseque subscribebat, si sciens, & potens, sin minus alius testis, & omnes signabant, l. hac consultissima. C de testam. § sed cum paulatim instit. de testam. At vero de iure Regio, maior solemnitas addita fuit, nempe vt sit necessaria tabellionis præsentia, qui de manu testantis testamẽtum accipiat, eo interrogato an sit suum, cum alijs superstitiosis interrogationibus, de quibus in d §. 1 quæ omnia ex eo videntur addita, quia de iure Regio, sublata videtur illa scrupulosa subscriptionis specialis, & generalis differentia, quia lex voluerit illum subscribendi modum in omni testamento esse sufficientem, aliàs namq; lex expressisset, in his qui testamenta aliena scribebant, specialem subscriptionem esse necessariam. Cum igitur testandi forma inter virũ & vxorem, in eadem charta recepta sit, ex Oldra. cons. 174. Doct. in d l. licet C. de pact. Bald. in l. humanitatis n. 37. C. de impuber. Gama dict decis. 231. & 234. & 258 pariter dicendum est illam subscriptionem, etiam sufficere in testamento coniugum clauso, quia in eo actu illa est specialis approbatio à lege inducta, quæ iuris communis solemnitates superat.

26 Quod si adhuc quis dicat non immutari, nec corrigi à lege Regia ius cõmune, & in suo robore mansisse subscriptionis specialis formam, quãdo præcedit scriptura à iure reprobata: in nostro casu puto dari specialem gestorum approbationem, si recurramus ad regulas, quas in principio consulto posuimus, vbi ex mente Cuiatij diximus eam specialem esse, scilicet, quæ illi dictaui, & recognoui, deductã ex d. § inter filium, & patet testatricem in præsenti, non solum generaliter approbasse testamentum, & quod adimpleretur, per verba quæ generalem approbationem sapiunt, insimul cum marito, ibi, *aprouão & ratificão o contendo nelle*, sed sola vxor vlterius progressa dixit; *que o lera, & vira, & por isso o assinara nelle, & que tudo o contendo nelle quer que se cumpra*: quæ verba cum sint prolata à sola vxore, vltra generalem formam, aliquid debẽt habere specialitatis, ne videantur pronuntiata otiose, & satis ostendunt noticiam habuisse iuris, & sciuisse, quod in hoc testamento, in quo maritus sibi scripserat, maior requirebatur approbatio, & ideo vltra maritum sola processit, duplicata verba faciens, vt specialiter actum approbaret, cuius ipsa ignara non videtur,

cum

cum profiteretur, ſe omnia vidiſſe, & legiſſe, ex quibus duobus reſultat vera, & ſpecifica recognitio, recognoſcenti enim nihil aliud datur, quam inſpectio Chyrographi, vt legi poſsit, vt fiat recognitio in ſpecifica forma, Ordin. libr. 3 titul. 25 §. 9. Cum ergo intuenti, & legenti non fiat fraus, cum detur certa ſcientia, cum plena notitia rei, ſpecialis reſultat approbatio, ex reg. cap. 1. de confirma vtili, Molin. de primogen libr. 2 cap 7. num. 9. Maſcard. concluſ. 288. num. 7. Tuſchus lit. C. concluſ. 382. ſicut aliàs in clauſulis derogatorijs, vbi requiritur ſpecialis derogatio, ſufficit vt teſtator intelligat, & ſciat, vt videatur ſpecialiter derogaſſe, Mantica libr. 12. titul. 8 num. 12. Menoch. libr. 4. præſumpt. 166. nu. 57. atque ita iudicauimus reuiſione denegata.

27 In alio proceſſu dubitatum fuit, an liboniano ſit locus quando nuncupatiuum teſtamentum, condidere maritus & vxor, vna charta, quod teſtibus lectum extitit, ab ipſomet marito, qui ſibi ſcripſerat inſtitutionem, & quidem licet falſi pœna ceſſet in teſtamento nuncupatiuo, quod publicari debet, quia à publicatione vires accipit, tanquam priuata ſcriptura Fulgoſ. in l. publicati num. 2. C. de teſtam. Valaſc dict conſ 177 num. 14. tamen teſtibus legendum videbàtur, á notario non vero ab ipſo ſcribente, quia non ceſſat falſitatis præſumptio, cum & ipſe in legendo falſum dicere poſsit, ſentit Valaſc. vbi ſupra numer. 10. vbi legendum dicit ab ipſo notario, ſicque ſenatuí placuit in proceſſu Franciſci Fernandez contra Ludouicum Lopez. Scriba Antonio de Caruallho.

An autem ſit liboniano locus, in monacho ſuo monaſterio adſcribente, ex reg. l. de eo. ff de falſis, cum ſeruus & monachus æquiparentur, & placuit non eſſe, quia non æquiparantur per viam regulæ, ſed in aliquibus in ſpecie Tiraquell. de priuil. piæ cauſ. priuil. 93. Farinac. 2. tom. de oppoſit contra teſtes quæſtio 60. num. 467. licet contra pugnet Cabed. diuerſorum cap. 11. num. 1. in proceſſu fratrum Sancti Dominici cótra Ioannam de Lemos Eluénſem. Scriba Dominico de Baſto.



SVMMARIA.

1 *Dominus molendini superioris potest parietem in inferiori erectum destruere.*
Domino fundi superioris licet ageres munire in fundo inferiori. ibi.
In his quæ immittuntur in alienum opere artificiali potest fieri destructio propria authoritate. ibi.
2 *Ædificatum in meo solo possum destruere propria authoritate.*
Aliter est in re quæ mihi tantum debet seruitutem. ibi.
Interpretata l. si eo loco. ff. si serui vindic. ibi.
3 *Quando quis ædificat in solo meo cedit solo ædificium.*
Secus autem in fundo in quo mihi tantum debetur seruitus. ibi.
Sic pariter destruere potest qui tamen habet vtile dominium. ibi.
4 *Priuilegium destruendi soli possessori conceditur.*
Si res sit communis potest etiam socius destruere. ibi.
5 *Quando aqua restagnat vel retrocedit, & vsus rotarum impeditur competit inter dictum vti possidetis.*

DECISIO XXXIII.

An dominus molendini superioris possit parietem destruere, qui ab inferiori domino in flumine construitur, quando aqua restagnante sui molendini superioris vsus impeditur.

Habebat Rochus Antunes oppidi de Barquerena, molendina superiora, & alia inferiora molendina possidebat, Sebastianus Alfonsus, cumque inter eos olim lis moueretur super modo, & vsu aquæ fluminis, quæ ad vtrumque molendinum diriuabatur, signũ in quoddam lapide erat appositum, ad cuius altitudinem aqua reprimi poterat, iudiciali authoritate, & insuper ea conditione adiecta, quod quando contingeret, aquam restagnare, posset superiorum molendinorum dominus, ageres

res lapidum,& opus vulgo Acude destruere, quousque fluminis alueus debito cursu sine læsione partium aquas impelleret. Contigit quod Hiberno tempore agmina aquarum, quæ ex montibus vnde quaq; defluunt, nimborum & tempestatum vi agitata, signum in lapide appositum suffocarunt, superior dominus manus admouit, parietis partem destruxit propria authoritate, iuxta formam contractus, inferior restitit impediuitque operis demollitionem, tunc superior actionẽ proposuit, petens vt cogeretur demolitionem pati, quousque signum aperiretur.

1 In qua quæstione quia est valde quotidiana,& in ea vidi aliquando peritissimos hæsitare, illud discutiendum proponitur, an possit dominus molendinorum superiorum, propria authoritate parietem in flumine publico ab inferiori extructum destruere, quando suorum molendinorum vsus impeditur, & videtur sine dubio esse, quod possit, quia impeditur liber aquæ vsus, l. vt vim. ff. de vi, ibi *per quod liberam possessionem aduersario non reliquit*, deinde facit l. 1. §. vlt. ff. aq. pluuia arcend. quæ permittit domino fundi superioris, ageres munire in fundo inferiori,& riuos purgare, ne sibi noceat restagnatio, facit l. quemadmodum. §. 1. ff. ad l. Aquil. ibi, *suo iure posse eum intercidere, &c.* l. 2. §. idem labeo ff ne quid in loco pub. l 1. §. quod autem ff. ne quid in flum Bald cons 273. libr 3. l. siuitem. § si ad ianuam ff. quod vi aut clam, facit l. sicuti § Aristo. ff. si seruit vindic. ibi, *in suo enim alij hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat fumi enim sicut & aquæ esse immissionem*, facit l 18 titul. 32. part 3. Bart in l. quo minus. ff de fluminib. num. 8 & ibi Ripa num. 45. Gomes in l. 46 Taur. nu. 19. l. quamuis. ff de acq. rerũ domin ibi, *manu* vbi propria manu videtur opus posse destrui, Alex in l. 1. §. nuntiatio. ff. noui oper. nu. 9 vbi Bart num. 4 quem sic declarat Zazius ibi nu. 4. Alciat. 3. Ruyn 6. & 27. elegãter Marcus decis. 489 nu. 16 Gomes. d. nu 19. Cepola de serui vrba. c 31. nu. 2. qui distingunt inter ea quæ in alienũ immittuntur, opere artificiali dum aqua, vel quid simile immittitur, in quo destructionem admittunt propria authoritate, secus autem si opere naturali l. 1. Cod. de interdictis, vbi radices immissæ ex arbore quæ est mea in fundo tuo, incidere non potes, nisi iudicis authoritate, tex. enim in dict l. quemadmodum loquitur de immissis opere artificiali, nec videtur admittenda distinctio quando restagnat in publico, vel priuato, quia eadem est ratio, Ripa vbi supra num. 44. pro quo est tex. in l. 1. § idem aiunt, & §. Neratius ff aqua pluuia quia læditur seruitus naturalis. l 1. §. vltim. ff. aqua pluuia, Ruynus cons. 96 numer. 4 & 6. libr. 4.

2 Verum pro perfectiori cognitione aduertendum est, quod licet ædificatum in meo solo possim destruere propria authoritate, dict l. quemadmodum 29. §. 1. ff. ad legem Aquil d. l fin § si ad ianuam, & vbi gloss verbo aut certe gloss in fin in l. 1. Cod vt nemini liceat, adeo vt liceat implorare officium iudicis vt illud factum meum defendat l. si seruus 6 & ibi notant Bald. & Salycet Cod. quod cum eo, ibi, *& ingrediens rem tuam contra vim eius authoritate competentis iudicis prorogeris, &cat.* l. si super possessione 9. & ibi Ias. nu. 5. C. de transactio. Tamen longe aliter est si ædificium construitur in re quæ mihi tantum debet seruitutem, tunc enim non possum propria authoritate ædificatum demolliri, sed potius debeo confessoria experiri, l. si eo loco ff. si serui vindic. ibi, *Si eo loco per quem mihi iter debetur tu ædificaueris possum intendere ius mihi esse ire agere*, com-

 mendat

mendat Florian. in l.1.§.1. nu 6.ff.de serui vrbanor. Cepola 1. part. cap.30. nu 10. Alex.in l.1. §. nuntiatio nu.3.ff. de noui.oper. nuntia. colligit Innoc. in cap.1. de immunit ecclesiar. ad fin. Obijci tamen potest quod licet d.l. si eo loco Paulus decreuerit, agendum confessoria, non tamen exclusit illud remedium facti, quod licet extraordinarium sit, cum ordinario concurrit, gloss. l. de pupillo §. meminisse verbo vti.2. & ibi Paulus num.8. ff de noui. oper.

3 Quare ratio differentię ea videtur esse, quod quando quis ædificat in solo meo, cedit solo ædificium. §. cum in suo instit de rer. diuis. & eo casu non destruo alienum, sed proprium, & ideo cessat iniuria, ita Innocent in d.cap.1. Cepol vbi supra nu 9. Decius cons.22.num.5. Cortus in l.1.nu.62.ff. seruit. quæ ratio cessat in eo cui seruitus debetur cum fundus in quo consistit seruitus non sit proprius, l. loci corpus 4. in princ ff. si seruit. vindic. l. si duo 30.ff. de reg iur l. extat 13 ff. quod metus caus. Vnde qui solum vtile dominium habet etiam destruere poterit, quia & ipse nanciscitur vtile dominium illius ædificij, in suo solo ædificati, Bart. receptus in d. §. nuntiatio num.9.

4 Supradicta tamen ita accipi oportet quod non sufficiat vt ædificium construatur, in meo fundo nisi & ego possideam locum, in quo ædificatum est, quia illud priuilegium destruendi, soli possessori conceditur, Bald.nu.2.& Florian.3. in d l.quemadmodum §.1. Decius cons. 221. num 5. Gomes d l 46 Tauri num.19. Ias. in l. clam possidere. §. qui ad nun. donas ff. acq poss. nu.24. sufficit tamen quod res communis sit, vt ædificatum ab extraneo destruere possim, ex Cepola vbi supra d c 30 nu.9 ad fin Si autem ædificetur à socio, qui partem habet indiuisam Bart in d. §. nuntiatio nu.5. non posse destrui sentit, & ibi Paulus, & Alex. nu 9. Deci d cons.221.num.6. per tex. in l. sed si inter 26 in princ. ff. de serui. rusticor. l.3. vers. plane. ff de noui oper: facit l. sabinus 28. in fin. ff. commun. diuid. & l. in re communi 25. ff serui. rusti. ibi, *nec quicquam facere in re communi neque prohibere, &c.*

5 Quibus principijs præsens quæstio enodatur, vt nō liceat domino superioris molendini, opus in flumine cōstructo propria authoritate destruere, cum inferior in suo vel in publico ædificet, vel in ripa, vel alio loco sibi vtili, licet ex inde sequatur damnum superiori domino, aquaque refluat & immittatur in alienum, & rotas impediat, ne suum peragant officium, quia hoc casu sola turbatio in possessione sua consideratur, pro qua interdicto vti possideris agi oportet late Menoch. 3. remed. retinend. Conan. libr.3. commentar iur. c. 8. nu 2. gloss. 1. in l.1. §. vltim. verbo possidet. ff vti possid & ibi Bart. num. 2. & in §. hoc interdictum nu.8 Bald in l.1 num 8. vers. circa exemplum. C. eod. Alex. cons 80 nu.7. lib 2.

Vnde in præsenti sapientissimi collegæ D. Didacus de Britto, & D. Ferdinandus Cabral & ego destructionem operis, & demollitionē posse fieri iudicauimus, quia ex contractu inter has partes innito licebat, superiori domino proprijs manibus, lapides vertere, quousque appositum signū appareret, quod secus esset semoto contractu per iura supradicta. Scriba Machado.

SVM-

SVMMARIA.

1 HÆ clausulæ animos iudicum offendunt.
Hæ clausulæ nisi à partibus præcipiantur apponi censentur errante tabellionis calamo scriptæ. ibi.
2 Clausula depositaria non habet locum in executione.
3 Non habet etiam locum in contractu nullo.
Quando contractus arguitur de vsurario, vel de enormissima læsione non excusatur pars à deposito. ibi.
4 In contractu vsurario potest pars petere vt in continenti admittatur ad probandum vsuram.
5 Durante exceptione incompetentiæ non habet locum clausula.
6 Pendente conditione contractus potest pars admitti sine deposito contra contractum.
7 Solutum virtute clausulæ potest per condictionem repeti.
8 Depositi pœna non excedit quantitatem receptam.
9 Clausula citandi suppositam personam est contra ius.
Qui se citari patitur sub nomine alicuius officialis realiter remittit citationem. ibi.
10 Procurator eo casu nō adstringitur mandato constituentis cum ipse non acceptauerit.
11 An procurator constitutus in eodem loco in quo reus est, citandus sit, vel ipse dominus.



DECI-

DECISIO XXXIIII.

De clausulis depositaria, denegandæ audientiæ, & personæ citationi suppositæ, & earum obseruantia, ad Ord. lib. 4. tit. 72.



Gebatur in processu Balthasaris Taueira, contra Martinum Vaz, & Antonium Vaz Tagarro, de obseruantia contractus in quo expressum erat, vt nomine Reorũ posset citari tabellio, adiecta alia clausula denegandæ audientiæ: cumque in persona supposita citationi, fuisset executa, & sententia lata contra Reos, in qua 200. nummi pro solario exequenti, & litem agenti assignabantur, iuxta verba conuentionis, Rei obtulerunt impedimenta obijcientes, citationis deffectum, & quod tempore quo exequta fuit, in persona citationi supposita, ipsi aderant in vrbe, & quod personaliter citari potuerant, quod fraude omissum fuisset, vt adimeretur defensionis copia.

1 Animos iudicum hæ clausulæ exasperant, partiumq; iura non mediocriter lædunt, & bene cum nostra Repub. ageretur, si omnino earũ vsus exularet, a tribunalibus, nam licet attento iure hæ & similis partium conuentiones, admitti valeant, quando nihil turpe continent, & iuri contrarium l. 1. §. si cõueniat ff. depositi. l. iuris gentium. §. prætor ait ff. de pact. Barbosa in l alia. § eleganter nu. 47. ff sol. matrim. Valasc. consf. 85. nu 7. & 173. nu 17. Cabed. decis 37. Gama dec. 369. Pinel in l. 2. C. de rescind cap. 2. n. 26. D pater meus Franciscus Caldas Pereira ad l si curatorem, verbo vel aduersarij dolo, n 22 adeo vt valeat clausula, quod debitor non audiatur, cum impedimẽtis, nisi incarceratus vt prosequitur Faber in § fin. instit. de iure personarum sequitur Guido decis. 211. nu 2. & decis. 61. Ord. libr 4. tit. 76. § 2. Valasc. cons. 173. nu. 26. Tamen nihil excogitari potest quod maioribus fraudibus, viam. periat, quam clausula denegandæ audientiæ, vel citationis faciendæ in persona supposita; & ideò vtramq; esse limitandã, & restringendam existimo, ne defensionis ius partibus auferatur, ex his quæ Gama dec. 369. nu. 1. & ideo sequentes declarationes annectendæ sunt.

Hæc depositi faciendi clausula de qua in l. 1. §. si conueniat ff. deposit. conuertitur cum clausula denegandæ audientiæ, quia vtraq; ad eundẽ effectũ ordinatur, ne Reus audiri valeat, quin prius deponat quantitatem conuentam: quæ primo limitari debet, vt nullius roboris sit, nisi in instrumẽto exprimatur, quod apposita fuerit partibus petentibus, & de eo constet, alias enim maneat sine effectu, quasi magis apposita currente calamo, quã de partium cõsensu videatur, explicat Pinel. in d l 2 part. 2. c 3. nu. 10 Valasc. de iur. emphy q. 25. n 19. vers. secus, Paris cõs. 26 nu. 87. Quesada in quæstion. q. 20. nu. 5. Cabed. decis. 37. in princ. & decis. 192. nu. 3. cum qua resolutione consonat lex nouissima, quæ clausulæ appositionem annullat, vnde si in verbis executiuis cõtractus, hæc clausula apposita sit, potius præsumẽda est ex cõsuetudine apposita quã ex partiũ mandato Cabed decis. 5. num 3. sicut alias clausula constituti, in verbis executiuis posita, translationem possessionis non operatur, Alex. cons. 28. libr. 2. col. 2. Decius in l. contractus col. 6.

vers.

verſ. & ſupradicta.ff.de reg. iur. & fuit Abbat.in c.cum contingat de iur.iur. num.23 Ripæ in l. centurio num.82. ff de vulgar. Seraphi. de priuileg. iuram priuil 22. nu.107.

Secundo limitatur, vt non habeat locum in executione quia cum dirigatur clauſula, ne pars audiatur, & ſe defendat, quouſque ſoluat, illa verba proprie verificantur in iudicij tella, quæ vſque ad ſententiam durat, vnde in executione ſententiæ, eadem pars audiri poterit, poſtquam condemnatus pignora offerat, pro ſolutione debiti, quia Ordinat. libr.3. titul.86. §.1. vetat condemnatum audiri poſſe niſi oblatis pignoribus inſeparato proceſſu, vnde ſi ſententia exequenda indigeat liquidatione, quia liquidatio eſt pars & præambulum executionis vt pungit Scobar de ratiociniijs cap. 33. num 24 Zeuallos 4.part. quæſt.1.nu. 935. prius datis pignoribus audietur Cabed. dict.deciſ 37. num.3. durante tamen appellationis inſtantia, durat idem impedimentum, ne audiri valeat, quod ita accipiendum eſt, vt ille qui non auditur ſine depoſito, ſi condemnetur, & appellet, debeat eius appellatio ſcribi, & poterit audiri ſuper eo tantum, an audiendus ſit, non vero ſuper meritis cauſæ principalis. Sicut ſi in contractu ex primatur, quod ad ipſam executionem citatio fiat, in perſona ſcribæ vel alterius, videtur ſatisfactum formæ Ordinationis lib.3.titul.86 §.15. quia nihil impedit vt partes ad illam citationem alium ſupponant, non tamen vigore clauſulæ omittetur, vxoris citatio, ſi fiat executio in immobilibus, quia hoc ex alia neceſsitate fit ſcilicet d. Ordinat. titul.86 §.27. in fine de quo infra

3 Tertio limitatur in contractu nullo, cuius nullitas eſt probata non vero probanda, & quæ ex teſtium depoſitionibus adhuc pendet, veluti quãdo gabella ſoluta nõ ſit, iuxta Ord.lib. 1 tit 78. §.14. qui deffectus inſanabilẽ inducit nullitatẽ, quẽ non ſolũ alij ſed & ipſæ propriæ partes opponunt, veniendo contra factum proprium, vel ſi coniugatus ſine vxore vendiderit, iuxta Ordinationem lib 4.titul.48 in princip. vel ſi fideiuſſerunt vir vxor, & mulier quę beneficio Velleani ſe iuuans pro ſua parte adhuc reuocare ſtudet, Gama deciſ 131. num.2. Barboſ. in l.1. 3 part. num 59. Sicque procedunt quæ Cabedo d. deciſ 37. num.4. Valaſc.d.conſ 85. num.7. atque ideó licet quis arguat contractum vſurarium, vel cum læſione enormiſsima geſtum, quia hæc omnia adhuc á futura probatione pendent, non excuſant à depoſito, quod ſecus erit quando nullitas ipſa eſt probata in continenti, adeò vt transferatur onus probandi contrarium in aduerſarium, prout eſt in omnibus caſibus in quibus pro excipiente eſt iuris præſumptio. Cuius rei eſt ratio quia nullitas in continenti probata, impedit executionem ſententiæ Doctores in l.4. §. condemnatum de re iudic. vbi Ripa num.11.& 28 Alex conſ.33.in fin.libr. 1.& 95 lib.2 nu 8. bonus caſus in l.fin. C.ſi ex falſis inſtrum. tradit Iaſ in d.§. condemnatum nu.12 & 17.vnde cum nullitas exactis conſtet facilius admittitur, receptum dicit Couar practicar. cap.25 nu.2. Bald in l.ab executione num.8. C.quorum appel. Riminald. conſ. 51. verſ.iuuat, Oldra. conſ 106. Bertrand conſ 250.nu.15.lib.2. Rebuf. 1.tom.fol 367. num.4.

4 Vnde non infeliciter dici poteſt, quod adhoc vt quis audiri poſsit, ſuper contractu vſurario ſine depoſito, vel ſimili contractu, ſimulato, aut nullo, cuius nullitas non eſt probata, quod poteſt pars petere, vt admittatur ad probandam ſimulationem in continenti, vt ea probata modis legitimis, releuetur à clauſulæ depoſitariæ rigore, ſicut alias pars admittitur ad

pro-

probandam qualitatem quæ est fundamentum iudicij, Doctores in cap. si clericus de foro competent. vt per Gofredum ibi Abb. num. 6. Socin. 4. Barbatia. 24. Felin. 2. Rebuff. 3 tom. ad leges gall. titulo de contumacia art. 9. gloss. vnic. num. 8.

5 Quarto limitatur durante exceptione in competentiæ iudicij, vel personæ iudicis, prout si recusetur, quia obligatio depositi supponit iudicium esse competens in quo quis cõuenitur, Cabed d. decis. 37. in fin. quia quando parti competunt plura iura, vno sublato, aliud remanet illæsum, quia remisso vno aliud remisisse non censetur, notat Bart. & Scribentes in l. si domus. ff. serui vrbanor. Valasc. cons. 144. num. fin.

Quinto limitatur vt licet pars non audiatur super causa principali, tamẽ possit & debeat audiri super validitate clausulæ, & an illi standum sit, vel illi sit locus.

6 Sexto limitatur quando ante tempus aduenientis conditionis contractus, vel antequam ex eo nascatur actio, quia nondum venit dies, obligatus per viam actionis, de nullitate ipsius agit, in iudicio competenti, vt declaretur nullus, ne ex eo agi possit, Cabed. arest. 26. 2. part. namq; Cabed. ibi ideo dicit conueniendum Reum quia pendente lite iam dies venerat, supponens agi posse ante aduentum, aliud erit in obligatione alternatiua vt soluat, vel ponat calculum, quia causa agitari poterit, & erit locus clausulæ, Cabed decis. 62 num. 5 & 6.

7 Septimo quod quando reus soluerit virtute sententiæ, lasæ ad vmbram tituli præcedentis, contra quem reus opponere non potest, quod adhuc facta solutione, non impeditur reus per condictionem sine causa, pecuniam solutam repetere, Valasc. cons. 56. num. 6. licet repugnet Costa l. si ex cautione fol. 234. vers. ex his, num. 2. ad fin. Ias. in l. Iulianus verum debitorem num. 10. & 16. ff. de condict. indebit.

8 Octauo quod hæc depositi pæna, non excedat quantitatem recepti, quia partes solent vt securiores reddant contractus, amplam pecuniam promittere, & meram iniquitatem fouet, vt hoc modo quis repellatur, à limine iudicij, sicque lege nouissima cauetur, & sufficiet causam modo deduci ad iudicium, licet contractus fuisset celebratus ante dict. legem, ex Bart. in l. omnes populi ff. de iustit. nu. 44 Parlador. lib. 3. quotid. cap. 9. differentia 79. Morla in empor 1. p. titul. 1. de legib. quæst. 6. num. 7. vers. tertius casus facit Gama decis. 260. num. 3.

Secunda clausula denegandæ audientiæ aliquando apponitur simpliciter sine deposito, ad illum solum effectum, ne audiri possit priusquam soluat cum effectu Gama decis. 369. & transit ad hæredes vt ibi per eum ex ratione. l. pactum ff. de probatio l iuris gentium. §. pactorum. ff de pact. Si autem promittat nolle se audiri vlla exceptione debet intelligi de friuolis tantum Gama vbi supra num. 2. Clausula vero depositi non transit ad hæredes ex his quæ Gama d. decis. 369. nu. 3. ex reg. l inter artifices ff. solutio quia censetur electa industria depositarij, & in hoc differt â clausula denegandæ audientiæ, sed certe vtroque casu eadem est ratio quia obligationes non mutantur ex hæredum, vel successorum persona l. 2. §. ex his ff de verborum. l. cui fundus ff. cond. & demonst & ita iudicauimus in casu Antonij d'Oliueira contra Moniales de S. Anna. Scriba Azeuedo videndus Phebus decis. 12 num fin. vbi ita dicit iudicatum quod vnus ex hæredibus per sua parte deponens satisfaciat.

9 Clausula autem citandi suppositam personam tabellionis vel alterius nomine absentis frequentissima est,

& valida ex Rebuff. 1. tom fol. 57. facit Ord lib 3. tit. 2. vbi vnus pro alio citatur sed videtur esse contra Ord. lib. 4. tit 72. quæ non patitur vt quis remittat primã citationem, cui difficultati respondet Gama d. decis 369. in fine, quod illa ordinatio procedat in eo qui sibi omne remedium ademit, nõ vero in eo qui tantum se priuat ex propria voluntate, sed certe licet illa respõsio habere posit locum respectu clausulæ depositariæ, vel denegãdæ audientiæ, non tamen recte conuenit respectu citationis, quę videtur omnino remissa, dum alia persona supponitur citationi, quia hæc clausula semper apponi solet, ad libitum creditoris, nominata persona sub nomine officij, ided, *ò Alcayde, ò Destruibuidor, ò Porteiro*, in quo datur mera incertitudo, & vere qui ita cõsentit, se citari posse, realiter remittit citationem, cum ex citatione in persona alterius facienda in absentia, nullam notitiam se habiturũ in posterum speret, atque insuper datur aliud inconueniens, quod ille qui tali citationi supponitur, citari non potest, ad illã causam, nisi & ipse in cõtractu cõsentiat, vt citetur, absẽtis nomine, quia talis procuratoris constitutio, si valuit ipsum procuratorem obligat, cõtraria mandati actione, si dominũ non certiorauit, vt se defendere posset, quia procurator omnem culpam præstat, l. procuratorem. C. mandati. l cũ procuratorem eod. ratio est quia qui alium defendit tenetur ex boni viri arbitrio defendere l. omnis. ff de procurator. l. & ideo illo titul ibi, *qui frustrando actorem efficiat ne causa ad exitum deducatur, considerata ratione huius legis vt pariter procedat in eo qui reum defendendũ suscipit*, nec obstat d Ord titul. 2. quia agit de procuratore certo qui mandatum acceptauit non vero de incerto qui forsan non nouit mandantem quo dato, patet quod procurator obligabitur inuitus mandato constituentis, quod ipse non acceptauit, nemo enim tenetur inuitus mandatum suscipere, & nõ est dubiũ, quod talis procurator, tempore citationis potest dicere se mandato vti nolle, nec nomine absentis citari, quo casu vlterius in causa procedi non potest, ex tali citatione, & quod magis est etiamsi citationi acquiescat, quia in fraudem constituentis videtur facta acceptatio, imó in fauorem creditoris, cũ ipse procurator nõ habeat notitiam defensionũ, quæ Reo cõpetunt, vt illũ defendat, ergo non ad eius cõmodum sed ad eius damnũ mandatum accipit, quod quidẽ repugnat naturæ mandati, & bonæ fidei, sentit Valasc cons. 144. num. 7. Vnde oportet vt tempore contractus adsit ipse procurator mandatumq; accipiat, vt reum defendat, & constituatur non sub nomine dignitatis, sed proprio cũ ex tali mandato teneatur dominũ citationis certiorari aliás enim fiet præuaricator l. 1. ff de præuaricator, cũ diuersam partem adiuuet prodita causa sua.

11 Quando autem procurator legitime constitutus est in eodem loco, cum constituente, dubitatur quis eorũ citandus sit, vtriusq; opinionis authores citat Valasc d. cons. 144. n. 10. & ipse sequitur sententiam gloss. in c causam de dolo, & contumat, quæ dominum citandũ dicit, cuius sententiam hodie sequitur senatus, in casibus in quibus procuratoris constitutio admittitur, quod sine dubio semper est obseruandum, in causis magni præiuditij, quia in his citatio requiritur ad personam debitoris, Angel in §. hinc nobis in auth de hæred. & falcid. Valasc d. n. 10. ad med Vnde patet elegans explicatio ad Ord. lib 3 tit. 87. § 3 dum permittit parti in sua persona nõ citatæ, vt impedimenta de meritis in executione offerre posit vt procedat in eo qui in persona supposita citatur, non autem personaliter licet ille qui personaliter citatur, non alia impedimenta offerre

posit nisi nullitatis vt habet Ordin. titul.87. §.1.

Atque ex his in præsenti quæstione citationē nullā decreuimus, prout sæpe in senatu iudicatum sed quia senatus simplices nullitates non admittit ex praxi recepta, de qua in Ordin. lib.3 tit.63.vbi plures citat Barbosa.in annotationibus doctissimis. Reusque solam nullitatem proposuisset, absque alio fomento iustitiæ, ideo iussimus vt solueret, in eoque sententia adimpleretur, eum tamen leuandum censuimus à pæna 200.nummorum, pro quolibet die, quia pænæ appositio sustineri non potest, nec obligare, quando principalis contractus corruit, cuius naturam sequitur tanquam accessorium ipsius. In processu Ioannis Iorge, cum Gaspare de Faria Villæ Dalmada, Dominus Nonius da Fonseca Cabral, Didacus de Britto & ego sententiam,& factam executionem annullauimus, quia pars multa allegabat circa suam defensionem, & merita causæ, quo casu non poterat nullitas allegata censeri simplex, ex his quæ Gama 237. & 325. Valasc. de parti c 39 nu.72.& succedit Ord.lib 3. tit. 63.§.5 & quæ Mench.success.creat. lib.1.§.2.nu 4. Surdus consf.227.n.17. & consf.181. n. 28. Scriba Matos anno 1617. 19. Decembrit.

SVMMARIA.

1 *INterpretatur l.fluminū §.fin.ff.damno infect. L.Proculus.ff.eod.ibi.*

2 *Licite aperit quis puteum in suo fundo licet vicino noceat.*

Rei suæ quilibet est moderator,ibi.

Damnum tertij non consideratur quādo venit in consequentiam.ibi.

Cum dominus intendit suam vtilitatem contemnitur damnum vicini,ibi.

Leuare domos licet, licet officiatur luminibus vicini,ibi.

3 *Puteū licet aperire vsq; ad centrū.*

4 *Interpretata l. Trebatius. ff. de damno infect.*

In præiuditium seruitutis ædificare non licet. ibi.

Potest quis in suo ædificare licet vicino lucrum adimat.ibi.

5 *Interpretata l.fluminum.§.fin.*

Ita alte puteum aperire vt paries stare non posit non licet.

Debet abesse animus nocendi. ibi.

Æmulatio quādo præsumatur.ibi.

Modica vtilitas non tollit suspitionem.ibi.

6 *Aliud est damnum dare, & aliud lucrum adimere.*

Quando venæ aqua ex meo fundo procedunt non dicor damnum dare,sed lucrum adimere.ibi.

7 *Confutatur hæc sententia.*

8 *Licet aquam auertere si non animo nocendi fiat.*

Puteus nouus respectu parietis debet distare per quinque pedes.ibi.

9 *Quando puteus nocet publico fonti non potest aperiri.*

DECI-

DECISIO XXXV.

De eo qui aperit puteum in suo fundo quando noceat fonti publico, vel vicini puteo.



PRope hanc almam vrbem, fons est publici vsus, iuxta quem M. lapidicinam aperuit, à qua cum lapides extraherentur, forsaque magna aperta esset, vberrimus aquæ fons, prodijt, quem dictus M in suos agros diriuauit, vrbis sindicus se opposuit petens vt fossa clauderetur, quia ex ipsius apertura, venæ publici fontis incisæ erant, cum publici vsus incōmodo; Reus loci distantiam allegabat, & quia ex iuris fōtibus haurienda est decisio præsentis hæsitationis ad illā iura sequentia notanda ducebam.

1 Ponderanda sunt verba Vlpiani in l. fluminū § fin ff. de damno infecto, ibi, *vt puta si in domo mea puteum aperio quo aperto vena putei tui præcisæ sunt, an tenear, & ait Trebatius non teneri me damni infecti*; similia sunt verba eiusdem Vlpiani in l 1. § denique ff. aq pluuia arcend. ibi, *cum eo qui in fundo suo fodiens vicini fontem aduerterit nihil posse agi nec de dolo actione est*, eadem verba repetit idem Vlpianus in l Proculus ff. de damno infecto, ibi, *aut si vicino suo agro cuniculo aut fossa aquam meam euoces, &c* quæ iura plane videntur probare, licite potuisse Reum, puteum aperire in fundo suo, quando ea intentione facit, vt sibi prosit, quæ est vtriusque censuræ trita resolutio, quod in suo quisque potest ædificare ad sui vtilitatem, quamuis inde damnum vicino inferatur, ita ibi resoluunt Doct & in l altius. C de seruit. & in l. si tibi vbi Paulus eod titul Imola post alios in l. si cum dotem. § si mulier 8 ff sol. matrim. Cepola de serui. vrbanor cap 80. Bald in l. item lapilli, col. 2. ff. de rerū diuis. Curtius senior cons 33. col. fin. idem Cepola d. c. 47. in medio vers. quid si in domo, Corras. in l quoties ff. de seruit. nu. fin. fol. 340. Cuius resolutionis ratio petenda est ab eodem Vlpiano, in citatis locis, quia rei suæ quilibet moderator est & in ea licet liberè ædificare, neque damnū tertij, in cōsequentiam deducti impedimento est, quia iniuriam non facit qui suo iure vtitur, l iniuriarum § 1. ff. de iniur. l. illud ff. de petit hæred. notatur in cap. cum ecclesia vulterana, de electione, aliter enim impediretur rei propriæ liber vsus, quod est contra propriam dominij diffinitionem, de qua Bart in l si quis vi §. differentia nu. 4 ff. de acq. poss Soto de iusti. & iur q. 1. art. 1. lib. 4.

2 Insuper quādo dominus fundi, in eo aperit puteum principaliter vt sibi ipsi prosit, vtilemq; reddat fundū, iuri conuenit tertij præiuditium sibi impedimento non esse, cum id solum quod principaliter agitur, attendi debeat, arg notatorum per Ias. in l. 3. n. 4. ff de testam Decium cons. 271. ad fin. & probatur in c. super eo de præbend. in 6. l. 1 ff auth. tutor. Ex quibus ædes proprias potest quis in cælum leuare, licet officiat vicini luminibus, iuxta tex. & ibi notata in d l. altius l. fin. in princ. ff de seruit. l cum eo l. Imperatores ff de serui vrban. prædior. l si quis §. si iussero vers in opere. ff. quod vi aut clam, quod verum est etiamsi lumina prorsus obturentur, vt in dict. l. cum eo quam adhuc citat Menes in d. l. altius nu. 25. & est bonus tex. in d. l.

Proculus 26. ff. de damno infect. quatenus hos duos casus exequat, aquam auertere & luminibus officere.

3 Cum igitur liceat, vsque ad cælum ædificare, quamuis vicino damnum inferatur consequens est; etiam èconuerso licere terram propriam fodere, & puteum aperire, vsque ad centrum, vt resoluit Cæpola de serui vrban. c. 45 vbi ait quod ad cælum, & ad centrum licet penetrare, Bald. in l. item lapilli ad fin. ff. de rerum diuis. Paulus vol. 2. cons. 4. sicut èconuerso in alieno fundo nec super ædificare licet, nec subter, nisi quærendi auri, vel argenti causa, quia hoc casu permissũ est ob bonũ publicum. l. cunctis, & ibi gloss. C. metal lib. 10 iunct. l. 1. & l. quosdam eod. titul.

4 Cui resolutioni non obstat tex. in l trebatius 25. ff de damno infect. vbi damnũ dare dicitur, qui luminibus officit, sic ergo etiam qui aquam auertit aperto puteo, ex æquiparatione d. l. Proculus, glos in d l. Trebatius, diuersimode nodũ soluit, ausa dicere quod Trebatius corrigitur à Proculo, ab Vlpiano relato ibidem in l. seq. in final. verbis, ibi mihi videtur vera Proculi sententia, quod non sine misterio videtur ab Vlpiano subiectũ, sed quia correctio vitanda est gloss. in d l. Trebatius aliter respondet, quod ille tex. procedit stante iure seruitutis altius non tollendi quo casu damnum daret ædificans, si luminibus officeret, in quo gloss. magis cõmuniter recipitur, quia in præiuditium seruitutis nemini ædificare licet, l seruitutes. § si sublatum, vers. si seruitus. ff. de serui vrbanor Mencha. quæstio forens cap 58. nu. 29. Duenas d reg 33. fol. 7. Menoc. lib. 2. sentẽt. cas 156. Menes. in d l altius nu. 24. vbi nu. 23 citat Socin cons 105. nu 1 lib 1. Verum & diuinare videtur hic intellectus. cũ in tex nec verbũ de seruitute constituta, atque ideo verior videtur sensus gloss. quod Trebatius à Proculo correctus fuerit, quod suadetur si post d §. fin continuatiuè legamus d l. Trebatius, & l Proculus, quasi sint versiculi legis præcedentis, cum Vlpianus omnium author sit.

Quod sic præhabito cõsiderari potest, quod Vlpianus postquã in d § fin. resoluit aperientem puteum nõ damnum facere subiungit, Trebatij sentẽtiam, qui in simili respõdebat officientem luminibus, damnũ dare à quo vt recederet Proculi sententiam refert, quam sibi magis placere firmat, quia damnum nõ facit, qui suo iure vtitur, quamuis vicino lucrũ adimat, & secũdum hunc sensum, sumus extra casum correctionis, quando Trebatius ab Vlpiano, in argumentũ pro parte cõtraria adducitur, nõ in vim legis, qui arguendi modus Iuriscõsultis peculiaris est.

5 Obstat tamen tex. in d. l flumінum. § fin. in fin in fine, ibi, *si tam altè fodiam in meo vt paries tuus stare nõ possit, &c.* ex quo constat puteum non licere aperire, ita altè vt venæ aqua alienæ præscindantur, cuius natura est semper descendere, quamobrem quẽadmodum, in illo vers final non licet ita alte puteum fodere, vt paries stare non possit, ita pariter non ita alte licet aperire vt aqua auertatur, quia tunc ex opere, constat animo nocendi, foueam apertam fuisse, & dolose, quæ est ratio quam ponderat d. l. 1. §. denique ff de aq. pluuia arcend. ibi, *Si non animo nocendi vicino sed suum agrum meliorandi, id fecit*; & ibi notat gloss. 1. & Doctores communiter Menesius in d. l. altius num. 28. multa Ias. in l ex hoc iure ff de iustitia à num. 7. Bart. in l. quo minus ff de flumin. inferens non posse quempiam diuertere aquam, à solito cursu, animo nocendi, Alex. cons. 174 nu. 6. lib. 2. Ias in ead. l quo minus num 23. & in l. de pupillo, §. meminisse ff de noui oper. ante num. 9. Gomes l. Taur. 46 num. 8. Aymon de antiquit. folio. 181. numero 27. quorum

quorum meminit Menes. æmulatio autem tunc præsumitur, quando aqua nō prodest puteum aperienti, vel fossam, explicat Paulus in d.l altius, vbi Menesius nu 22. qui dicit cōmunem, Alciat. reg.3. præsumpt. 23. Gomes l. Taur.46 n 8. Mencha. quæstiō forenſ. c 58.n 30 gloss.l.19.tit.32.part 3 Ripa in d.l quo minus nu.29. sufficit enim parum prodesse, vt cesset sinistra suspitio, ex Alciat. præsumpt. 23 in quo tamen contra communem fuisse loquutum tenet Menes d.nu 22. ex auth. Cepolæ de serui vrban.c.39.n.3. Socin. conſ 30.nu.3. vol.4. Decius conſ 537. nu 8 maxime quando graue vicini sit præiuditium, quæ quidem opinio videtur securior; & æquior, vt modica vtilitas nō sufficiat, ad tollendam doli suspitionem, & æmulationem, quando præponderat vicini præiuditium, prosequitur Menoch. lib.6. præsumpt.29. á num 23. & seqq. idem Menoch. de arbitrar. caſ.156. num. 8. Gail libr. 2. obseru.69. nu 17.

6 Ad tex. itaque in d §. fin: videtur dicendum quod in præcidendis vænis aquæ, aliud sit damnum dare, & aliud lucrum tollere, quę est distinctio tex. in d l proculus vbi explicans Trebatij sententiam, de qua in dict. § fin. dicit quod solum procedit quando ædificans adimit lucrum, non autem damnum dat, primo casu vicinus non prohibetur ædificare in suo, in secūdo vero prohibeatur, vnde Paulus in l si tibi C. de serui & aqua, eleganter resoluit lucrum de quo agitur in d. iuribus versari in eo si consideremus vęnā aquæ à meo fundo nasci, & procedere quo casu si foueam aperiam, vt mea aqua vtar lucrum vicino adimo, non tamē damnum do, quia aqua ad tuum profluebat puteum, quandiu ego non aperiebam & eo operto nō dicit damnum dare, sed lucrū adimere, quod tu ex væna aquæ procedente ex meo fundo faciebas, & propterea in l proculus, asserit Vlpian. quod quando lucrum adimo possum puteum aperire, nō vero si damnū dem, quod consideratur, quando aquæ væna ex tuo proprio fūdo procedit, aut forsan ex publico, vel cōstituto iure seruitutis, his enim casibus si aqua auertatur, damnū do, quia idē est super terram vel subtus terrā, l. 1. C de interdict. sicque videtur procedere d. l. fluminum in §. fin.

7 Sed adhuc obstat quod secundū hunc intelligendi modum, non videtur bene se habere, Vlpiani respōsum, dum generaliter loquitur, quia raro continget, vt qui puteum habet, ex vænis quæ ex fundo vicini profluunt, non possit se tueri iure seruitutis, cum seruitus etiā in his quæ super terram sunt, vel subtus terram profluunt detur, ex d l.1.C. de interdict vnde solum habebit locum, quando adhuc legitimum tempus ad præscribendum non profluxerit, deinde quia illa distinctio damni, vel lucri, non videtur posse stare, quia lucrum iam radicatum non differt à damno, l.3. C de iur. & fact. igno Iaſ in d.l quo minus numer 48. Doctores in l. non amplius in princ. ff de legat.1. quia radicatum lucrū est, ex patientia domini, quæ titulum cōstituit l 2.C de serui.

8 Vnde verius videtur in d §. fin. indistincte dici, licere aquam auertere, quando non dolo fit, sed vtendo iure proprio quia lucrū principaliter intēditur, licet per accidens damnum sequatur, vnde ibi solum succurritur per actionem damni infecti, quādo paries corruere potest, non vero circa aquæ auersionem; nec illa cōsideratio quod sit differētia constituenda, quādo aqua prouenit ex fundo meo, vt tunc liceat vænas incidere nō vero quādo è fūdo vicini, recte videtur posse accōmodari, quia non satis inuestigari potest vnde aqua profluat, cū per absconditos terrę meatus diriuetur, deinde licet secūdū artem, auspicari possimus, aquæ caput,

& originem, tamen adhuc sufficit, vt vicinus sit in possessione putei, & aquæ iure seruitutis constitutæ, vel contractus, vel temporis, vt ait tex. in dict. §. denique vt sua possessione, & vsu aquæ priuari non possit, cum & subtus terram etiam seruitus sit, d l. 1. C de interdict & eo casu etiam damnum consideretur licet venæ à vicini fundo dimanent. Vnde dum Trebatius lucrum, & damnum considerat, debet accipi secundum vtilitatem, in suo forsam aperientis. vt non possit nocere, quando eo animo faciat, nec de vtilitate constet, vel quando paries ruat, quia circa ruinam, solum damnum consideratur, sine vlla fodientis vtilitate; vnde puteus nouus respectu parietis debet distare à liminibus agri alieni per quinque pedes, vt in l. fin. ff. fin regund l. mille passus ff de verbor. signi. ne parieti nocere possit, vel secundum altitudinis mensuram ex Cepola de serui vrban. cap. 80. in princip. respectu vero aquæ nulla distantia præscribitur.

9 Quando autem ex fossa facta intra limites fiat, nocumentum publico fonti, qui ad communem vsum paratus est, videtur tali fonti noceri non posse ex ædificio vel puteo à vicino aperto in suo fundo, ex Alberic in d l. altius argu l. opus nouum ff. de oper. publi. sequitur Angel in l. cum eo. ff. de serui. vrbanor Florianus in l sabinus num. 2. ff commun diuid. requiritur enim tempus immemoriale vt publica præscribantur l. vsum aquæ, & ibi gloss. Cod. de aquæ duct. libr 11. Gregor l 7. titul. 29. part. 3 gloss. 1 nu. 1. Auend de exeq. cap. 12. num. 5. & 6. Azeued libr. 7. titul. 7. l. 3. numer. 18. notant Doctores in l. 3. § ductus aquæ ff aqua quotid vnde in præsenti placuit sic iudicandum 7. Nouembris 1616.

Postea anno 1618 alius casus incidit in senatu valde similis agebat eiusdem Almæ vrbis Sindicus, contra D. de Ayala, quod puteum aperuisset quo aqua publici fontis Regij diuertebatur, in quo de præscriptione huius iuris plene actum fuit, & diximus quod Rea poterat aqua vti vt ab antiquo vtebatur quia probabatur puteum ætate antiquiorem publico fonte, & ab ipso aquam diriuari in fontem publicum non èconuerso quod si de sola præscriptione agendum foret adhuc in eo casu locum habere posse dicebamus, quia ea quæ sunt publica de iure gentium, quoad vsum omnium populorum possunt præscribi, iuxta l si quisquam ff de diuers & temporal. præscriptionibus, facit deinde tex in l. vsucapione 9. ff de vsucapio, vbi agitur de his quæ sunt publica iure ciuili, prout quæ sunt populi vel ciuitatis, & tamen præscribi posse probat, l. omnes ad fin. Cod. de præscriptio 30 ibi vel publicum. l. vltim. Cod de sacrosanct. eccles. l. vltim. C. de fund. patrimon. libr. 11. nec aliud probat dict. l. si quisquam, quia licet ius piscandi & venandi sit publicum tamen ex iusta causa potest princeps hoc immutare, & efficere vt talis vsus publicus esse desinat, & fiat priuati, vel vt certis temporibus, vel locis piscari liceat, l. venditor 14 in princip. vbi gloss. 4. ff. communia prædiorum, l. quominus ff. de flumin. ibi nisi Imperator &c. obseruat Bart. in rubr. ff. ne quid in flumin. publi. post alios Couar. in reg. peccatum. §. 8. à num. 1. & 10 Roland cons 9 & 22. lib. 2 sicque accipi debent quæ de consiliatione dict l si quisquam cum l. fin. Cod. de præscript. long. tempor. per Doctores in § flumina instit. de rerum diuis. & in l. iniuriarum 13. vers si quis ff. de iniur. Balb 4 part. in princip. à nu. 19. Conanus lib. 3. cap. 15. col. 2. Forcatulus dialog. 85. Aymon de antiquit. 4. part. cap. materia à nu. 80. & 82. Auendan. libr. 1. de exequend. cap. 12. numer. 11. Soares

Soares allegat. 16. num 3. & allegat. 17. num. 5. Zazius in Antinom. part 2. num. 1. Mencha illustrium cap. 89. à num. 13. quia dict. l si quisquam procedit habito titulo à legitimo superiore qui licet possit non esse validus præstat bonam fidem, & vsucapiendi conditionem, at vero dict. l. fin. procedit deficiente dict titulo vt per supracitatos.

Quare cum in præsenti detur continuata per prædecessores possessio titulata, qua domus possidebatur & puteus insimul, placuit talem possessionem hoc titulo sufficere, vt præscriptioni locus esse posset.

SVMMARIA.

1 *Qui contra iura mercatur contrahit malam fidem.*

2 *Decreti deffectus suppletur ex tēpore non malà fides.*

3 *Lex potuit ratos habere contractus minorum impleta legitima ætate.*

In hac ratihabitione non confirmatur actus vt ex nunc, ibi.

Contractus habetur ac si modo gestus esset, ibi.

Vel actus ex solemnitate vel ex causa defficiat, à lege confirmatur, ibi.

5 *Hæc confirmatio non operatur circa læsionem.*

Mala fides non datur quando contractus opugnatur ex deffectu solemnitatis. ibi.

Lex extinguit actionem agentis. ibi.

Mala fides non datur propria vbi sola datur scientia rei alienæ. ibi.

L. fin. C. si maior factus procedit etiam de iure canonico. ibi.

DECISIO XXXVI.

An emens rem á minore sine tutoris authoritate poßit præscribere attento iure nouißimo propter malam fidem, ad Ordin. lib. 4. titul. 79.



ANte 25. ætatis suæ annū vēdiderat Ægidius, Eannes de Sylueira qui modo senator hui⁹ supremi senatus est meritissimus, domum, quæ in inuentario æstimata fuerat in 100. mille nummis, post trigesimum annum elapsum, à tempore venditionis, per viam recōuentionis candē domū reuindicabat,

Reus se defendebat longissimi temporis cursu, quã exceptionem reconueniens elidebat, quod l. fin. Cod. si maior factus alienation. non procedit de iure canonico, propter malam fidem quam contrahit, ille qui contra iura mercatur, spreta legum solemnitate, quæ formam actus inducit, ne bona minorum sine iudicis authoritate, & tutoris distrahantur, sub pæna nullitatis, quia omissa formali solemnitate actus ipse corruit, ex reg. l. Iulianus. §. si quis rem ff. ad exhibend. facit reg qui contra de reg iur libr. 6. l quemadmodum. C. de agricol. citat plura Nata cons 295. per tot.

2 Ex quo fit quod licet temporis cursus, supplere posit decreti deffectũ, non tamen malam fidem, qua stante, prout eam in omni contractu admittit cap. fin. de præscriptio Ordin libr 4. titul 79. in princip.. Cenedus ad decretal. collectan 50 à num. 1. Balbus de præscriptio 3 part. quæst 13. à num. 2. Gabriel libr commun titul de præscriptionibus conclus. 1. á nu 53. Mexi. taxa panis conclus. 1. numer 134. Gutierr Cano lib 1. cap 34 á num 68. vtique possessor nullo tempore iuuari potest, ex Gabriel. sub titulo de minoribus conclus. 4 ad fin. vbi citat. Butrium cons 45 quod non solum in rebus præscribendis, sed & actionibus obseruatur, vt per gloss 3. in d cap. fin. vbi Felin num 5 Bart. 24. in l. omnes populi ff. de iustit & iure communis ex Couar in reg possessor. 2. part. §. 11. num 3 Duen reg 6. Mencha success. creat §. 10 num. 26 & illustr. cap 76. num. 1. Tiraquell. de præscript gloss. 2. Padilha num. 42. in l 2. C de seruitut. idem Gabriel lib commun sub titulo de præscript. concl. 3. addit ad Bernar. reg. 578.

3 Cumque in ipsius reconuenientis fauorem, sententia lata fuerit, causa delata fuit ad senatum, vbi prior senator confirmabat, ego contrarium sentiebam, & pro veritate eruenda notandum duxi, quod potuit lex in bonum commune ad præcidendas lites statuere, vt contractus à minoribus gesti impleta legitima ætate, ratihabeantur, ita vt amplius conuelli nequeant, voluit gloss Bart. & Doctor. in dict l fin. Paris cons 59. vol. 1. Alex. cons. 117 volum. 5. num. 2. Menoch in tract. de recuper remed. 15. num. 149. & 156. idem cons. 439. á numer 40. Cephalus cons. 315. à num. 25. libr. 3. Dominus pater meus verbo si intra legitimam á numer. 21. citato Paris. cons 33. num. 29. volum. 2. & cons. 49. num. 86. vol. 1. Capitio decis. 92. quibus addo Gamam decis 76 & 275. vbi bona additio Gutierr. libr. 2 pact. cap. 134. num. 2. Surdus cons. 49. num. 29. lib. 1. vltra Gomes de cõtractib. 2. tom. cap 14 num. 11.

4 In hac tamen ratihabitione, illud notabile est, quod licet ratum habens ante á se, vel suo nomine gestum, à principio actũ confirmet, quia cum ratihabitio fiat per fictioné translatitiam, requirit coniunctionem duorum extremorum, quod sint habilia, per quæ actus à principio, nomine ratum habentis, censeatur celebratus Duen reg. 378. ampl 3. Bart. in l si is qui pro emptore nu 4 ff de vsucapio. Tiraq de retract. titul. 1. §. 1. gloss 10. num. 69 & 72. nihilominus tamen in hac ratihabitione, cum principium non habeat habile, quia ille actus à principio nullus est, cum geri non potuerit, sine tutotris & iudicis authoritate, ideo non retrotrahitur sed à lege fingitur nouus consensus, à quo ille actus incipiat, ac si de nouo contractus celebratus esset, prout ex nunc explicat D pater meus in verbo infra legitimum num 21. vers. ex quibus, & num. 23. sequitur Paris cons 49. num. 61 vol 1. licet Decius cons. 209 nu 4. quem sequitur Menoch d. remed. 15. recuper. num. 156. dicant, quod confirmatur

matur ex tunc, quasi ex ratihabitione quæ necessario retrotrahitur, quorum opinio videtur explodenda, quia in hac lege ratihabitio non est propria, sed quædam quasi ratihabitio, cum ex confirmatione, & nouo consensu, cõtractus habeatur, ac si modo à maiore factus esset, per quod vtiliter etiam sustinetur contractus præcedens quasi gestus sub illa conditione, nisi contrahens intra legitimam ætatem contrauenirct, vnde vel ex solemnitate, vel ex causa, contractus defficiat, omne illud vitium purgatur, ex superueniente consensu ad quod quidẽ oportuit legis authoritatem admoueri, vt ius nullitatis, & restitutionis tolli posset, causatum ex falsa causa, aut læsione, Crauetta conf. 101 n 7 lib 1 Sfortia in tract de restitutione q 25. art. 3. & 4 part. 1. Simoncellus de decretis lib. 3. tit 9 in præfat col. 3 Cephalus conf. 315 á num. 25. libr. 3. D. Caldas Pereira vbi supra.

5 Vnde fit quod hæc confirmatio, ita accipienda sit, vt solum operetur circa solemnitates decretum, & tutoris authoritatem, vel causam, non vero circa læsionem, quæ si excesserit dimidiam, ex ea ac ex quolibet alio contractu, intra decimũ quintũ annũ agi potest ex Ord lib. 4 tit 13. si enormissima sit intra lõgissimum, & vltra quando mala fides adsit, hæc tamen mala fides, nunquam censetur dari, quando contractus oppugnatur ex deffectu solemnitatũ, quia quo adhoc supposito quod lex cõtractũ sustinet, pro illo tempore, iam in contrahentibus non formalis datur mala fides, cũ magis lex extinguat actionẽ agentis, nisi intra vigesimum quintum ætatis annum egerit, quæ extinctio etiam cũ mala fide datur, vel non datur in ea mala fides ex multorum sententia, vt obseruat Hostiens in summa titulo de præscriptio rerum immobil § quæ res nu 4. Bart. in l. sequitur § si viam. ff. de vsucapió. & in l. nemo potest nu 2. ff. de legat. 1. sequuntur plures vt per Gabriel lib. cõmun sub titul. de præscrip. conclus 3. & 4. Couar. in reg possessor 2. part. § 11. nu. 3. Peres ad l. 3. tit. 13 lib. 3 vers. contrariam, Mencha illustrium d cap 76 qui dicit communem, quam tamen malam fidem eo casu, ego non puto propriam, licet detur scientia rei alienæ, & cum ea extinguatur actio, vt dixi in Armonia aduersariorum iuris Regij ad Ordinat lib. 4 titul. 79. Atque hoc modo conciliari debent Doctores quos supra retuli, prout est Nata qui sentit d. l fin. non procedere de iure canonico, vt verum proferat, quando hodie detur mala fides, quæ tamen non datur ex deffectu illarum solemnitatum, sicq; Menochius dum putat ratihabitionem trahi ad principium contractus, quod scilicet contractus à principio valuerit, sub illa conditione nisi intra tempus legitimum impugnetur, prout alias à lege sustinentur contractus in quibus læsio intra dimidiam versatur ex l. 2. C. de rescind. de quo in l. 56 tit. 5 part 5. vbi gloss 4 & 11 titul. 11. libr 5. nouæ recopil. vbi Azeued. Gama decis. 204. 256. & 259 Valasc. conf. 18. & conf 43. & 70. à nu 4. Cabedus 1. part decis. 34. num. 1. Couar. lib 2. variar. cap 3. & 4. Gomes tom. 2. variar. cap. 2. Menoch. conf 343 num. 16.

Atque ex his fundamentis quibus domini sequentes accesserunt, sententiam reuocauimus, excludendo agentem ex cursu temporis longissimi, quia contractus oppugnabatur ex defectu decreti tantum. Scriba Azeuedo 1. Iulij 1616.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Coloniæ quando sit locus.*
Bona maioratus possunt in emphyteusim concedi, & quando. ibi.
In noualibus facilius admittitur emphyteusis. ibi.
Quid sit nouale vulgo de Fogo morto. *ibi.*
Noualis allegationem excludit pensionis recognitio. ibi.
2 *Ius coloniæ cessat vbi constat de titulo emphyteutico.*
3 *Ius coloniæ an dari possit.*
Tribus modis solent coloni dominorum petitionem repellere. ibi.
4 *Ius coloniæ perpetuum præscribi non potest.*
Ampliatur etiam si præscriptio sit immemorialis. ibi.
Nisi colonus requisitus denegauerit pensionem non priuatur dominus possessione rei locatæ. ibi.
5 *Colonus longo tempore præscribit ius ne expellatur.*
6 *Ius coloniæ ex præsumptione elicitur quæ in hoc regno dari non potest.*
Tales locationes in regno fieri non consueuerunt ideo nec præsumi debent. ibi.
Coloniæ præscriptio procedit etiã si de origine locationis constet. ibi.
Ius coloniæ restringi oportet quia cum dominorum præiuditio introducitur. ibi.
7 *Duobus modis quis prætendit ex tempore ius in re aliena.*
8 *Quando quis intendit præscribere ius emphyteuticum debet probare vniformes præstationes.*
Quando allegat titulum sibi concessum emphyteusis sufficit vt longo tempore probet se soluisse. ibi.
9 *Ius coloniæ vt constituatur non requiruntur præstationes vniformes.*
Colonia præsumi potest quando pensio respondet fructibus. ibi.
10 *Quando pensio est modica quæ ad emphyteusim, & censum applicari potest dicimus emphyteusim concessam.*
11 *Emphyteusis an præsumatur ad vitas vel perpetua.*
In emphyteusi extincta possessorem vltimã vitam iudicamus. ibi.

DECI-

DECISIO XXXVII.

Vtrum colonus possidens ab antiquo prædium maioratus ad titulum emphyteusis, sit repellendus ad instantiam successoris quando illud ad culturam redegit, ad Ordin. lib. 4. tit. 36. & 79.

POssidebant ab antiquo Antonius Luys eiusq; prædecessores prædium, seu hortum, cuius proprietas spectabat, ad maioratum Melchioris à Cunha Villę de Loures contra quem ipse intenderat rei vindicationem, proponēs quod Reus sine titulo possidebat, Reus omittens defensionē tituli emphyteutici, qui videbatur ex temporis diuturnitate extinctus, cōfugiebat ad ius colloniæ, quod 40 annis præscripsisse proponebat, per se & antecessores suos. Actor vero instabat titulū emphyteuticum præcessisse, reumq; illū occultasse, eo quod generationes erāt finitæ nec renouatio tempore debita petita, insuperq; arguebat tituli nullitatē, & his fundamentis motus iudex sententiam protulit contra reum vt emphyteusim dimitteret.

1 Primus dominus Petrus Aluarez Sanches ex authoritate doctissimi Antonii à Gama decis. 244. n. 10 & Valas. cons. 192. n 7 colloniam perpetuā Reo adiudicauit, ne expelli posset, ego contrarium sensi, imò reum fore iudicandum vltimam personā in emphyteusi, cum constet titulum intercessisse emphyteuticū, nec appareat an generationes finitæ sint, in cuius sententiæ confirmationem sequentia dicebam. Quod si bona non erant maioratus vt primus dominus existimabat, quia nō reperiebantur descripta in institutione, non erat dubium in emphyteusim concedi potuisse, quod si maioratus erant, adhuc potuerunt sub titulo emphyteutico concedi, quia terra inutilis, vt reducatur ad culturam, potest in phyteusim dari à possessore maioratus, ex Gama decis. 16 nu 5. & decis 55. n. 1. & decis. 222. nu 65. maxime stante cōsuetudine regni, licet in puncto iuris aliud dicendū, teneat Corbulus tit. de caus. priuatio ob alienation. ampli. 25. & 48 Valas. de iure emphy q 29. & consult 95. nu 2. Gomes in l 40. Taur. n. 48. citat plura Pinel de bon. mater. 3. p. n 65. Molin de primog. lib. 1. c. 21. n 31. & lib. 4. c. 1. nu 10. Et prior opinio sine dubio obtinebit, in noualibus quæ sumptibus & labore colloni ad culturā rediguntur, quod pragmatici vocant, *de fogo morto*, quod aliquando me torsit cur ita á rusticis diceretur, & ex eo puto vsurpari quia noualia quæ in montibus & saltibus præcipue incipiunt solent rustici ferro procindere, ligonibus ponderosisq; vomeribus, arborū & herbarum radices extirpare, & ad moto igne, arentis terræ cespites, in cendere, & in cineres dissoluere, & inde prædium extincta flāma quasi ex cinere conflatum nuncupant, *casal leuantado de fogo morto*, vt colligitur ex Auth de non alienand. col 2. §. quod autē, ibi, *siue ex igne*, idest à primo igne suscitatū non enim aliter terra sterilis, ad culturam reduci potest, & fructum producere nisi de nouo ferro procissa, atq; extirpata, ignis calore quasi refor mata, atq; fermentata, occulto fætu, turgescens, fructus concipiat, atque parturiat, quod innuit Virgil. elegantissimis carminibus Georgicorum.

Sæpe

Saepe etiam steriles incendere profuit agros,
Atque leuem stipulam, crepitantibus vrere flammis,
Siue inde occultas vires, & pabula terrae
Pinguia concipiunt, siue illis omne per ignem
Excoquitur vitium, atque exudat inutilis humor,
Seu plures calor ille vias, & caeca relaxat,
Spiramenta, nouas veniat qua succus in herbas,
Seu durat magis & venas stringit hiantes,
Ne tenues pluuiae rapidique potentiae solis
Acrior, aut Boreae penetrabile frigus adurat.

Et paulò infra.

Et cum exustus ager morientibus aestuat herbis.

Hanc autem terram sterilem de nouo ad culturam redactam nouale appellant nostri Iurisconsulti, vt in lege silua caedua. § .noualis. ff de verbor. signi. ibi, *Noualis est terra proscissa*, licet Alciat. libr. 2. praetermissorum censeat legendum praecissa, sed propior est prior lectio, quã M. Varronis authoritas adstruit lib. 1. de re rustica cap. 29. rursum inquit terram cum primum arant proscindere appellant, cũ iterum effringere, Collumela libr. 1. pingues campi qui diutius continent aquam, proscindendi sunt, & Virgil. lib. 1. georgicor.

Et qui proscissa quae suscitat aequore terga
Rursus in obliquum verso prorumpit aratro.

Noualis ait Varro. libr. 1. cap 19 & 21. vbi satum fuit priusquam secunda aratione renouetur, & aliquando dicitur veruactum, terra vere proscissa, concinit Plinij testimonium libr 18. quidam inquit ab aequinoctio verno proscindi volunt, quodque vere semel aratum est, à temporis argumento veruactum, vocatur, meminis Varro. lib 1. de re rustica cap 44. Collumella lib. 2. de iure autem canonico nouale solet appellari terra quae cũ nusquam proscissa fuerit, nuper ad culturã fuerit reducta, tex. in cap. quid per nouale de verbor. signi. in c. rua 25. §. 1. de decimis, tradit Purpur. consf. 7. volum. 1. Quare vt terra dici posit ex igno mortuo conflata, seu erecta, requiritur quod talis terra à memoria hominum culta non fuerit, tex in cap. 1. de verbor. signi. lib. 6. deinde quod ille locus fuisset ante incultus, & desertus; tertio quod terra fuerit ad culturam redacta, vt in d c. quid per sit nouale D. pater meus de renoua. quaest. 15 nu. 33. faciunt quae Valasc. quaest. 1. & 2. de iure emphyt. testesque debent dicere quod talis terra erat inculta, & feris patens, & nunquam audiuisse quod fuisset culta, describitur ab Speculat. titul de probatio. 2 part. § probare nu. 20 vers. vltimo quaeritur, sequitur Rebuff. in l. silua caedua. §. noualis ff de verbor signi l si arbiter ff de probatio. Eam tamen noualis allegationem excludit pensionis recognitio, praestita à possessore, quae arguit dominium illius, cui dependitur, & ea sola sufficit ad dominij probationem, l. censualis, & ibi Bald C de donatio. Alciat. cons. 9 col fin. Iacobin de feud. vers dictiq; vassali num. 21. & est receptum ex Valasc. de iure emphyt quaest. 9. nu. 18. & talis recognitio praescriptionẽ iam caeptam interrumpit, l. in cõtractibus C. de

C de non num.pecun. l.cum notissimi § imò.C.præscrip.30.vel 40. Iaf in l.quibus idem, verf. fecundo modo.ff. de verbor.obligat Crauetta de antiq. tempor.4.part. cap.materia ista,num. 105.fol.173.Guido decis 272.Guilel.in cap.Raynutius, verbo & vxorē, decis. 5.nu.445.& talis recognitio ligat etiā successores, vt per supradictos.

2 Ex quibus cū in præsenti satis probatū esset, quod emphyteutica cōcessio,intercesserat à principio,& sub illius tituli vmbra, prædecessores Rei possedisse, cessabat illa allegatio, *de fogo morto*, & ius coloniæ ne expelleretur ex reg.tex. in l.ne cui C.locati l dudū C.de contrah emptio necobstabant.l. congruit,& l.prædia.§ fin. C de locatio prædior.fiscal. libr.11 quia procedunt in prædijs fiscalibus in quibus datur dispar ratio explicat gloss. in d. l.ne cui. verbo locandi.

3 Deinde agendo specialiter, de hoc coloniæ iure,quod in nostra tribunalia irrepsit,ita vt colonario iure coloni suffulti possessiones veris dominis dimittere sæpe recusent,cū quibus male agitur dum talia figmenta admittuntur. Aduerto quod tribus modis solent coloni dominorū petitionē repellere; primo vel allegāt se ex tempore præscripsisse ius colonatus, seu coloniæ; secundum præscripsisse ius emphyteuticum; tertio tandem contendunt sibi cōcessam emphyteusim.

4 Primo casu,videtur sine dubio ius coloniæ perpetuæ præscribi nō posse, cum is tantū qui possidet,possit præscribere, quod in colono defficit, per quem dominus possidet,tanquam suæ possessionis instrumentū,c si diligenti de præscriptio, cap.cū venisset in fine de rest spoli.l colonus ff de vi,explicat Tiraq de constituto à princip.Gomes l 45.Taur á nu.78.Molin.lib.4.cap.2. à nu 44. reg sine possessione de reg. iur.lib 6.Balb 4.part. 4 princip.nu 37. & 1.part. 6.p. nu.51.Peres ad l.2.tit.13. lib.3.ordinam. ex pendentes tex. in l. pignori in princ. ff de vsucap. vbi debitor qui per creditorem pignus possidet, est qui præscribit ibi, *pignori rem acceptam vsu non capimus quia pro alieno possidemus*, & in l. male agitur.C præscript.30. & in l. neque.C.de vsufruct. sicut nec præscribit vsufructuarius,ibi, *Neque fructuarium ad obtinendam proprietatem rerum,quarum vsumfructum habet, neque successores eius, vlla temporis ex ea causa tenentes præscriptio munit.*

Quod ampliatur etiamsi præscriptio sit immemorialis, quia nec per eam præscribit qui alterius nomine possidet, Bald. & Paulus in d.l.neque, Iaf.in l.2.C de iure emphyt. num.157. Balb d n.37. Tiraq.vbi supra limit.21. num. 7. vnde si colonus per longum tempus non soluat, licet dominus eo casu contra eum agere possit, quasi possessione recipiendi spoliatus, & vtili interdicto vnde vi experiri,argu. cap.querellam de election.l.litibus.C. de agricol lib.11.late Gomes vbi supra num.172. Valasc.de iur.emphyt q.18. num.10 tamen nisi colonus requisitus soluere denegauerit,non priuatur dominus possessione rei locatæ, imò adhuc retinet ius suum per eundem colonum,gloss per tex. ibi in l. 2. C.de præscriptio.30. Bald. per tex. ibi in l. Pomponius. ff. quibus modis vsusfructus, Alex.num.2 in l.quamuis.§.1.ff. acq possess.Socin.cons 106.nu.3.libr.3. Tiraq d.loco nu.6.an vero præscribat ipsas pensiones colliges ex gloss. 2. Bart. & alijs in d.l 2. Balb.dict.4 part. num.32 fol 321. Cassan. rubr.11. § 2. gloss 2 num 34.

5 Obijci tamen potest quod hæc procedunt circa rem ipsam præscribendam, non vero circa ius coloniæ, quia colonus longissimo tempore soluens vniformem,præscribit ius coloni perpetui, ne iam amplius à domino expelli,aut pensio augeri valeat, Ang. Alex.& Bart.in d l.2. cōmunis vt per

Valasc. quæstion. 20 numer. 12. idem prosequitur Gama decis 26. in princ. & decis. 244. numer. 10. dict. l. 2. ibi ius proprietatis à contrario, l. cum satis, vers. cum autem Cod de agricol. libr. 11: quia respectu colonatus, ipse non domini, sed proprio nomine possidet, quem probare intendit per huiusmodi pensiones, præsumptione iuris, iuxta l. cum de in rem verso 6 ff. de vsur.

6 Verum contra huiusmodi præscriptionem aduerto, quod illa probatio coloniæ, fit iuris præsumptione, quæ inter modos probandi legitimos connumeratur. l. generaliter § si positum ff. de fideicommissar. libertat. l. si chyrographum l cum de indebito ff. de probatio. l labeo l postquam ff. de pact. l quicunque. Cod. de apochis publicis libr. 10. l. siue possidetis C de probatio l 1. Cod. ad exhibendum, Roland. à Valle consil 46. num. 47. vol 3. Bart. in l. si prius, versic venio ff de noui. oper. nuntiat. Nata cons 514 num. 28. libr. 3. quæ præsumptio in hoc regno nullo modo admitti potest, quia præsumptio versatur circa ea quæ vera sunt, vel esse possunt, atque ideo opinio Gamæ quæ nititur authoritate Bald & aliorum quos ipse citat, vtique non videtur bene desumpta cum Bald. & alij loquantur de prouintijs in quibus solent fieri tales locationes perpetuæ, & concedi ius coloniæ per contractus, at vero apud nos, nemo audiuit vnquam ius coloniæ alicui concessum per contractum atque ideo cum ita repugnet regionis consuetudo, nullo modo præsumi potest quod realiter non datur atque ideo Valasc dict numer. 12. coloniæ ius non dari asserit, & dixit lato sermone Aymon de antiquitat 4. part. numer. 100 & expressa probatur in l. male agitur Cod de præscrip 30 annor. Valasc in consil. 192, numer. 8. dicit quod colonus solum acquirit exceptionem, ne expellatur, & quod non excedit talis colonia vitam ipsius coloni, num. 9. ex quo fit quod nec coniungere possit tempus sui prædecessoris, quia si eius vitam illud ius colendi non egreditur, tanquam personale vtique nec accessione defuncti vti licebit, argumento l. cum hæres. ff. de diuers. & temporal præscriptio.

Alij distinguunt in hoc iure præscribendo, ex mente Pauli in l. si plures numer. 3 & 7. Cod. de fid instrum. & cons 142. colum. 1. vers nec etiam libr. 2. Gama dict. decis 244. num. 10. & decis. 297. numer. 4. decis 276. & 277. & 246. & 244. Pinel. de bon. mater. 3. part. numer. 65. quando constat de origine possessionis, seu locationis, vt tunc ius coloniæ non præscribatur, quæ tamen distinctio non videtur admittenda, in eo qui intendit præscribere ius coloniæ, quia præscriptio procedit, & suam vim habet, quantumcunque attento principio, & origine constet rem aliter se habere, & præscribentem ius nunquam habuisse, illud enim præscriptio tribuit l 3 ff. de vsucapio. atque ideo si coloniæ ius præscriptibile est, etiam si de titulo locationis constet nihil impedit vt præscribatur, vnde puto hoc ius coloniæ summopere restringendum quia cū magno dominorum præiuditio introducitur, & ad summum cum Valasc. vbi supra numer. 10. quod vltra decennium, non extendatur, quia præsumptio eo casu verosimile præsumit, & contractum locationis ad nouennium, quod sæpe fit, non vero coloniæ perpetuæ, cuius nemo vnquam meminit se legisse exemplar.

7 Atque ideo in nostro casu coloniam non præscriptā dixi vt primus dominus dixerat, sed Reum iudicandū esse tertiam vitam in emphyteusi ad quod

ad quod mouebar ex sequentibus.

Quia duobus modis potest quis prætendere ius in re aliena, vel dum intendit se præscripsisse ius emphyteuticum, vel sibi concessam emphyteusim, ex titulo præsumpto, & ad tituli probationem allegat pensionum solutionem, vt ex illa præsumptione iuris titulũ. Colligatur, retro præcessisse, iuxta regulam l. cum de in rem verso ff. de vsur. de qua Tiraquell. de præscriptio. §. 1 gloss. 4. vers. decimo sexto, Couar. in regul. possessor. 2. part. §. 4. num. 2. Padilla in l. 2. C. de serui. num. 33. Gama decis. 13. nu. 2. & decis. 276 à princ & 329.

Inter quos petendi modos illa est differentia, quod primo casu iuxta præscriptionis naturam, oportet vt vniformes pensiones intercedant, eo temporis spatio, quo res illa præscribi poterat, attento iure. & rei qualitate, & domini seu possessoris, contra quem præscribitur, veluti si sit ecclesiæ vel maioratus In secundo autem casu ad probationem tituli allegati, sufficit vt longo tempore pensiones exoluantur, quas dominus dum recepit vniformes, sibi præiudicauit, iuxta regulam legis de in rem verso ff de vsur. l. si certis annis Cod de pact. Valasc. de iure emphyt. quæst. 8. nu. 18. D Caldas Pereira de renouat. quæst. 15. num 12. Vnde in primo casu licet completa præscriptione appareat, emphyteutam nullum ius habuisse imò à principio solam locationem intercessisse, is qui præscripsit, omnino securus est. nec dominus contra illum audiri potest, argum. l vltim. in fin. ibi plenissimam securitatem. Cod. de edict. diui Adrian tollend. Quod secus erit in secundo, in quo admittitur probatio in contrarium, vt illa iuris præsumptio quæ ex præstationibus annuis insurgit, per contrariam probationem elidatur, obseruat Dynus & Doctores communiter in d. l. si certis annis, Gabriel vbi supra numer. 62. Menchaca illustrium cap. 84. num. 33. Vnde constito de initio locationis cessabit tituli præsumptio, cum renouatio potius censeatur prioris contractus, quam noua concessio, cum possessio debeat censeri continuata ex prima & originali causa, quam à se ipso nemo mutat. l. cum nemo. C. de acq. poss. nec mutasse præsumitur.

Quia tamen adhuc dubitari potest, an ex illa diuturna, & vniformi præstatione acquiratur, seu præscribatur ius emphyteuticum, vel censeatur concessa emphyteusis, vel acquisitum ius coloniæ, quia his omnibus conuenit, & applicari potest, præstationum annuarum continuatio, illa differentia est, in his tribus casibus, vltra eas quas assignat gloss. 2. & 3. in l. 2. C. de iure emphyt. Ias. nu. 22. in l. 1. illo titulo gloss. & communis in §. adeo instit de locato.

Quod in primo, quando agitur de præscribenda emphyteusi, contra particularem, qui plenum rei habet dominium, triginta annorum cursus requiritur, quia sine titulo præscribitur, ex his quæ Dominus Caldas Pereira de renouat quæst. 15 à numer 5. & seqq. Si vero contra ecclesiam 40. annorum tempus desideratur, vt prælato, & successoribus noceat, secus in maioratu quia possessio quadragenaria solum possessori nocebit etiam cũ titulo nõ vero sequentibus, quia requiritur sine illo immemorialis, nec aliud probat tex. in cap. cum personæ de priuilegijs libr. 6. quem ad id expendit Molin. de primogenijs libr. 2. cap 6. numer. 52. quibus responde cum eod. Molin. libr. 4. cap. 10 á nu. 1.

In secundo casu quando agitur de præsumenda cõcessione emphyteusis, si allegato titulo emphyteutico diuturna solutio accedat, & illius fama probe-

probetur, vt insimili requirit Valasc. quæst.7. num 33. Gama decis. 26. & 244. à nu.2. & 276. & 329 tunc contra particularem decennio præscribitur, & inducitur tituli probatio, Valasc. d.quæst.7.num 18. D. Caldas Pereira de renoua q 15 num.12. Contra ecclesiam vel maioratum quadragenaria requiritur, vt contraria iuris præsumptio euacuetur, Menoch. libr.3. præsumpt 108. Molin.disput.444. Morla titul 6.quæst 4.nu.70.

Circa autem ius coloniæ, de quo agit Valasc conf.157.num.4 & 192. & de iure emphyt. q.20 num.12. Gama decis.329. num.3. vbi additio & decis 244 num 2.& 10 & decis 297.num 4. & 127 num.1.& 276.nu 1.Flores lib 3. variar. quæst 23. Menoch cons. 291. nu.32. Verius est non requiri vt præscribatur, vt pensiones sint vniformes, nam difformitas nihil nocet, quia ius colendi ad vitam non mutatur, vt maiori vel minori pensione fiat, pungit Valasc.d cons 192.num.8.

Illud solum obseruandum est, vt pensio quæ soluitur talis sit quod respondeat fructibus locatis, quia si pensio sit exigua potius emphyteusim demonstrat, aut censum vt per Ias. in l.1 C.de iur. emphyt num. 35. Valasc. de iur.emphyt q.1.num 9 & nisi aliud regionis consuetudo suadeat, potius census quam emphyteusis præsumenda est, vt per Valasc q 32.num 35. nisi sit in prouincia interamnensi, in qua potius emphyteusis præsumitur, si vero pensio in pecunia constituta sit potius censualis contractus censendus est.

11 Ex quibus adhuc dubitari potest an talis emphyteusis præsumatur ad vitas præscripta, vel perpetua communis inter emphyteusim secularem & ecclesiasticam distinguit, vt illa perpetua esse censeatur Gama decis. 276 n 3. Mascard conclus 604 nu 6. Mantica de tacitis lib 22.titul 5 nu.11. hæc ad 3. generationes ex Bald in cap. 1 § vltim. de feudo dato inuicem Ias. in l sed etsi §. item si iurauero, num.3. & 4 ff.de iur.iur. Couar 3 resolu cap.1. num 4.& lib 2.cap.17. num.6. Gama decis.27. resoluit Valasc. q 1.num.12. de iur. emphyt. sed quicquid de iure communi sit, attento regni stilo, & praxi, secundum quam emphyteusis ecclesiastica, & secularis ad tres vitas concedi solent auth. de non alienand. col. 2. §. emphyteusim, sic soluentem vltimam personam iudicari ex Gama vbi supra numer. 2. passim videmus, ex reg l.in obscuris ff.de reg. iur. vt intelligatur in eo quod minus est, in quo tamen arbitrando semper censerem, inspiciendum esse temporis spatium quo res possidetur à præscribente, vt illum modo vel primam, vel secundam aut tandem tertiam personam coniectemur.

Ex quibus sic senatui placuit, vt hic Reus vltima persona iudicaretur in emphyteusi, & quia computato tempore quo eius parentes possidebant, constabat vitas esse finitas, iussimus vt Reo fieret renouatio, intra mensem quam ipse acceptare compelleretur, quia pensio quæ soluebatur non conueniebat colono, sed emphyteutæ, deinde quia coloniæ ius non transit ad hæredes præscribentis, vt supra notauimus, atque ideo Reus foret iudicandus vltima persona, si facta temporis computatione non appareret emphyteusim iam esse extinctam. Scriba Guerra.

Atque ex his postea in quoddam processu cuiusdã Antonij Fernandez, contra Mariam Esteues, ex oppido de Castellobranco reuocauimus iudicis sententiam, qui pronunciauerat alienationem factam á possessore maioratus cuiusdam prædij, sustinendam ex eo quia successor per 26 annorum spatium pensiones annuas receperat, allegabat enim reus titulum emphyteuticum,

teuticum perpetuum, & probat se à 35 annis retro possedisse, quibus non obstantibus iudicatum fuit vt rem dimitteret. Scriba Dominguos de Basto.

Hoc idem iudicatum fuit in processu D. Antonij de Tauora, contra Franciscum Pirez, vbi d. Reus casale possidebat ab 80. annis retro soluendo vniformem, extabant tamen argumenta, quod olim antecessores ipsius habuerant titulum ad vitas, & cum in senatu inferiori iudicatum esset pro Reo, vt emphyteusis perpetua censeretur præscripta, sub illa pensione solita solui, tamen reuocauimus sententiam, reducendo emphyteusim ad vitas, vt possessor vltima vita censeretur. Scriba Quintal.

Postea in processu Martini Alphonsi d'Oliueira & Miranda, contra Didacum Luis, scriba Francisco d'Azeuedo iudicauimus ius coloniæ dari non posse in prædijs vrbanis, quia ratio l. fin. C. de allunio. non datur in illis, nec est aliquis Doctor qui tale ius ad domorum locationes extendat ponderat Valasc. cons. 192. nu. 11. licet in auth. de non alienandis col. 2. vers. lex itaque reperiatur facta mentio de iure coloniæ in domibus quam ibi reprobat ille tex.

SVMMARIA.



Icut cæterarum rerum sit transferendæ actionis ius est.

Cessionario licet cessam actionem exercere. ibi.

2 *Actiones vel ceduntur vel mandantur.*

Cessa actio fit propria cessionarij. ibi.

Mandata actio etiam propria fit nec morte mandantis reuocatur. ibi.

Is in quem transit actio vtilis potest exercere directas nomine mãdantis.

3 *Domino licet etiam cessa actione vel debitorem liberare, vel cum eo experiri.*

Is cui actiones sunt cessæ quando domino præferatur. ibi.

4 *Periculum nominis cessionarius non subit.*

Interpretata l. inter causas. §. abesse. ibi.

De legatio priorem obligationem extinguit. ibi.

6 *Interpretata l. si nomen. ff. de hæred. vel action.*

Vendita hæreditate in qua nomina continentur statim vtiles actiones transferuntur. ibi.

DECISIO XXXVIII.

Cesso nomine, an adhuc debitore non soluente maneat antiqua actio contra cedentem, an vero extincta proponatur.



CVm Domina Philippa de Vilhena, teneretur pro certa pecuniæ quantitate, monialibus de Cellas ciuitatis Conimbricensis, cessit in earum fauorem debitoris nomen, à quo ipsæ debitum suum exigerent, acceptata cessione ipsæ moniales illud idem debitum in solutum dedere, alij creditori suo, qui cum accederet ad principalem debitorem, vt debitum sibi solueret, facta diligentia, apparuit ex causis post cessionem cõtingentibus, debitum exigi non posse seu realiter non existere. Moniales adhibita dicta diligentia in debiti seu nominis exactione, iterum á sua debitrice, de nouo solutionem petunt, quæ se defendit, cum d. cessione, cuius periculum moniales subijsse asserebat, ex reg. l. si nomen ff de hæred. vel actioni vendita, l. inter causas. §. abesse ff mandati, ibi, *abesse intelligitur pecunia fideiussori etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is soluendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor qui admittit debitorem delegatum* l. 3. in fine. ff. de fideiuss. l pupilli §. socer ff de solutio. Bald in l si pro debito C de bon auth. iudic possid. Becius consi. 105. num. 18. quem citat Surdus decis 326 nu. 42. ex datione enim in solutum vera venditio perficitur D. pater meus de extinctione cap. 5. nu. 48.

1 Pro cuius dubij resolutione illud notandum duxi, quod sicut cæterarum rerum, ita cedendæ ac transferendæ actionis, ius est; nam sicut illæ traditione, l. traditionibus, C. de pact. §. per traditionem inst. it de rerũ diuis. Tellius in l. 17. Taur. num 50. Gomes de contract. c. 15 num. 21 sic pariter, & incorporalia cessione transferuntur, l. 1. C. de actio. & obligatio prosequitur D pater meus Franciscus de Caldas Pereira de emptione cap. 24. num 14. Donellus de iure ciuili lib 15. cap. 43. fol. 537. nu. 20 citata l 3. l postquam. l. ex nominis. C. de hæredit. vel actione vend. ibi, *Ad similitudinem eius qui personalem redimerit actionem, & vtiliter eam mouere, suo nomine conceditur, etiam eam qui in rem actionem comparauit, eadem vti posse facultate*; vnde cessionario non est dubium licere cessam actionem in alium transferre, Donellus vbi supra fol. 538. nu 10. dũm modo subsit causa non intelligitur enim voluntas transferendi nisi sit causa cur creditor velit transferre prout fit in dominijs aliarũ rerum transferendis. l. nunquã nuda ff de acq rerum domin. qualis est illa causa qua nomen datur in solutũ creditori, l. si in solutum. C. de actio. & obligatio. l. vltima. C. si fiscus vel priuatus, l. pen. C. mandati. l. 2. C. de donatio. l. ex legato C. de legat.

2 Actiones autem vel cedi possunt, vel mandari, primum respicit vtiles, quæ fiunt propriæ cessionarij, secundum directus, respectu quarum cessionarius solum procurator in rem propriam constituitur, cessa itaque actio propria fit cessionarij, adeo vt nec ex pænitentia domini, possit reuocari, nec eius morte finiatur, l. vlt. C si fiscus vel priua. l. vlt. C. de hæred. vel act. vendit. tradunt Doctores in l. procu.

procuratore ff. de procurator. & in l. 1. C. de actio & obligatio. D pater meus de emptione c. 24 nu 22. Decius cons. 511 num. 21 Tiraq de retract. ligna. §. 26. gloss. 1. num. 14 quod quidem & in mandata actione obtinet, quæ accipientis propria fit, nec eius voluntate, aut morte reuocatur, d. l. procuratore, quæ habet dominum non esse præferendum si agat, quod quidem ex eo est, quia non potest reuocare, facit l. 1. C. de actio & oblig. nec hic datur verũ mandatum, quod morte finiri debeat, cum accipiens, rem propriam agat, non alienam, vnde mortuo mandante, si hæredem relinquat, ex eius persona exercetur, si vero sine hærede sit, licet euanescat mandatum, vt accipiens mandata sibi actione vtatur, tamen adhuc vtilis ei competit, ex vi præcedentis mandati, quo licuit, vel directis mandatis actionibus experiri, vel vtilibus, l 1 C. de actio. & obligat. quia is in quem transit nomen, seu actio, vtiles suo nomine mouere potest, directas ex persona mandantis, vnde licet pereat exercitium directæ actionis, non tamen vtilis, quæ propria ipsius est, explicat eleganter D. pater meus Franciscus de Caldas Pereira de emptione cap. 24. nu. 20. ad intellectum d. l. 1. C de actio & obligat. & nu. 21 & cauendum est à forcatulo dialog. 64. quem etiam sequebatur impius Doctor, vt sine vlla cessione transiret, actio vtilis.

3 Illud tamen est notandũ, quod cessa actione, adhuc domino licet, vel debitorem liberare, vel cum eo experiri, nisi cessionarij facto, vel persecutione, res integra non sit, de quo in l. 3. C de nouatio veluti si litem contestatus sit, vel si extra iuditium obtinuerit à debitore, vt partem debiti, ei solueret, vel tandem si denuntiauerit debitori, vt sibi solueret, l. nomen. C quæ res pig oblig poss. quia si nihil horum factum sit, potest dominus inhibere, ne cessis actionibus vtatur, vt in d l. 3. C. de nouatio l. vltim. ff. de transactio. nam aliter is, cui actiones sunt cessæ, præferretur domino agenti, d. l. procuratore, vnde non videtur bene sentire Donellus vbi supra fol 544 nu. 10. quod si re non integra, adhuc dominus agat, & litem contestatus sit, nouã acquirit contra eum actionem iudicati, ex l 3 § idem scribit ff. de pecul. quæ semel acquisita ab eo adimi potest, l vltim ff. de pact. l habere ff de euictio. nam licet debitor sic conuentus soluat, adhuc repetere poterit solutum per conditionem ob causam, quia solutum illud fuit, vt liberaretur quæ causa sequta non est, cum adhuc cessionario soluere teneatur, nec ex litis contestatione, creditor nouum ius acquirit, contra verum dominum qualis est cessionarius re non integra, vnde videtur semper distinguendum, quando datur simplex cessio ad exigendum vel quando vltra cessionem fit datio in solutum in illa eadem actione, nam hoc secundo casu prima actio perimitur & periculum est creditoris, l pupilli § soror. ff. de solutio. declarat Decius cons 99. nu 4. vbi dicit quod simplex cessio non liberat cedentem, secus quando datur actio in solutum Bessius conf. 150. num. 35. vbi allegat Imolam in l. facta § si hæres. ff. ad Trebell. col. 2. Surdus cons. 145. num 29.

4 Atque ex his cum in præsenti, cessio actionis facta fuerit simplex, ad debitum exigendum, de quo tamen liquido non constabat, bona fides non patitur, vt periculum nominis cessionarius subeat, cum magis cessis, vel mandatis actionibus egerit. ex vtilibus proprio, vel ex mandatis procuratorio nomine, late Molin de cõtractib tract. 2 disputat. 340. pro quo est tex in l. si literarum. C de solutio. ibi, *cum petitio debiti maneat integra nihil legitimam exactionem impedire potest*, Rota Genuens.

 decis. 2.

Reus se defendebat longissimi temporis cursu, quã exceptionem reconueniens elidebat, quod l. fin. Cod. si maior factus alienation. non procedit de iure cānonico, propter malam fidem quam contrahit, ille qui contra iura mercatur, spreta legum solemnitate, quæ formam actus inducit, ne bona minorum sine iudicis authoritate, & tutoris distrahantur, sub pæna nullitatis, quia omissa formali solemnitate actus ipse corruit, ex reg. l. Iulianus. §. si quis rem ff. ad exhibend. facit reg qui contra de reg iur libr. 6. l quemadmo.lum. C. de agricol. citaţ plura Nata cons 295. per tot.

2 Ex quo fit quod licet temporis cursus, supplere possit decreti deffectũ, non tamen malam fidem, qua stante, prout eam in omni contractu admittit cap. fin. de præscriptio Ordin libr 4. titul 79. in princip. Cenedus ad decretal. collectan. 50 à num. 1. Balbus de præscriptio 3 part. quæst 13. à num. 2. Gabriel libr. commun titul de præscriptionibus conclus. 1. à nu. 53. Mexi. taxa panis conclus. 1. numer 134. Gutierr Cano lib 1. cap 34 á nũm 68. vtique possessor nullo tempore iuuari potest, ex Gabriel. sub titulo de minoribus conclus. 4. ad fin. vbi citat Butrium cons 45 quod non solum in rebus præscribendis, sed & actionibus obseruatur, vt per gloss. 3. in d cap. fin. vbi Felin num 5 Bart. 24. in l. omnes populi ff. de iustit & iure communis ex Couar in reg possessor. 2. part. §. 11. num 3. Duen reg 6. Mencha success. creat §. 10 num. 26 & illustr. cap 76. num. 1. Tiraquell. de pręscript gloss. 2. Padilha num 42. in l 2. C de seruitut. idem Gabriel lib commun sub titulo de præscript. concl. 3. addit ad Bernar. reg. 578.

3 Cumque in ipsius reconuenientis fauorem, sententia lata fuerit, causa delata fuit ad senatum, vbi prior senator confirmabat, ego contrarium sentiebam, & pro veritate eruenda notandum duxi, quod potuit lex in bonum commune ad præcidendas lites statuere, vt contractus à minoribus gesti impleta legitima ætate, ratihabeantur, ita vt amplius conuelli nequeant, voluit gloss. Bart. & Doctor. in dict l fin. Paris cons 59. vol. 1. Alex. cons. 117 volum. 5. num. 2. Menoch in tract. de recuper remed. 15. num. 149. & 156. idem cons. 439. á numer 40. Cephalus cons. 315. à num. 25. libr. 3. Dominus pater meus verbo si intra legitimam á numer. 21. citato Paris. cons 33. num. 29. volum 2. & cons. 49. num. 86. vol. 1. Capitio decis. 92. quibus addo Gamam decis 76 & 275. vbi bona additio Gutierr. libr. 2. pact. cap. 134. num. 2. Surdus cons. 49. num. 29. lib. 1. vltra Gomes de cõtractib. 2. tom. cap 14 num. 11.

4 In hac tamen ratihabitione, illud notabile est, quod licet ratum habens ante á se, vel suo nomine gestum, à principio actũ confirmet, quia cum ratihabitio fiat per fictionẽ translatitiam, requirit coniunctionem duorum extremorum, quod sint habilia, per quæ actus à principio, nomine ratum habentis, censeatur celebratus Duen reg. 378. ampl 3. Bart. in l si is qui pro emptore nu 4 ff de vsuçapio. Tiraq de retract. titul 1. §. 1. gloss 10. num. 69 & 72. nihilominus tamen in hac ratihabitione, cum principium non habeat habile, quia ille actus à principio nullus est, cum geri non potuerit, sine tutoris & iudicis authoritate, ideo non retrotrahitur sed à lege fingitur nouus consensus, à quo ille actus incipiat, ac si de nouo contractus celebratus esset, prout ex nunc explicat D pater meus in verbo infra legitimum num 21. vers. ex quibus, & num. 23. sequitur Paris cons 49. num. 61 vol 1. licet Decius cons. 209 nu 4. quem sequitur Menoch d. remed. 15. recuper. num. 156. dicant, quod confirmatur

matur ex tunc, quasi ex ratihabitione quæ necessario retrotrahitur, quorum opinio videtur explodenda, quia in hac lege ratihabitio non est propria, sed quædam quasi ratihabitio, cum ex confirmatione, & nouo consensu, cõtractus habeatur, ac si modo à maiore factus esset, per quod vtiliter etiam sustinetur contractus præcedens quasi gestus sub illa conditione, nisi contrahens intra legitimam ætatem contrauenirct. vnde vel ex solemnitate, vel ex causa, contractus defficiat, omne illud vitium purgatur, ex superueniente consensu ad quod quidẽ oportuit legis authoritatem admoueri, vt ius nullitatis, & restitutionis tolli posset, causatum ex falsa causa, aut læsione, Crauetta cons. 102 n 7. lib 1 Sfortia in tract de restitutione q 25. art. 3. & 4 part. 1. Simoncellus de decretis lib. 3. tit 9 in præfat col. 3 Cephalus cons. 315 à num. 25. libr. 3. D. Caldas Pereira vbi supra.

5 Vnde fit quod hæc confirmatio, ita accipienda sit, vt solum operetur circa solemnitates decretum, & tutoris authoritatem, vel causam, non vero circa læsionem, quæ si excesserit dimidiam, ex ea ac ex quolibet alio contractu, intra decimũ quintũ annũ agi potest. ex Ord lib. 4 tit 13. si enormissima sit intra lõgissimum, & vltra quando mala fides adsit, hæc tamen mala fides, nunquam censetur dari, quando contractus oppugnatur ex deffectu solemnitatũ, quia quo adhoc supposito quod lex cõtractũ sustinet, pro illo tempore, iam in contrahentibus non formalis datur mala fides, cũ magis lex extinguat actionẽ agentis, nisi intra vigesimum quintum ætatis annum egerit, quæ extinctio etiam cũ mala fide datur, vel non datur in ea mala fides ex multorum sententia, vt obseruat Hostiens in summa titulo de præscriptio rerum immobil § quæ res nu. 4. Bart. in l. sequitur § si viam. ff. de vsucapio. & in l. nemo potest nu 2. ff. de legat. 1. sequuntur plures vt per Gabriel lib. cõmun sub titul. de præscrip. conclus 3. & 4. Couar. in reg possessor 2. part. § 11. nu. 3. Peres ad l. 3. tit. 13 lib. 3 vers. contrariam, Mencha illustrium d cap 76 qui dicit communem, quam tamen malam fidem eo casu, ego non puto propriam, licet detur scientia rei alienæ, & cum ea extinguatur actio, vt dixi in Armonia aduersariorum iuris Regij ad Ordinat lib. 4 titul. 79. Atque hoc modo conciliari debent Doctores quos supra retuli, prout est Nata qui sentit d. l fin. non procedere de iure canonico, vt verum proferat, quando hodie detur mala fides, quæ tamen non datur ex deffectu illarum solemnitatum, sicq; Menochius dum putat ratihabitionem trahi ad principium contractus, quod scilicet contractus à principio valuerit, sub illa conditione nisi intra tempus legitimum impugnetur, prout alias à lege sustinentur contractus in quibus læsio intra dimidiam versatur ex l. 2. C. de rescind. de quo in l. 56 tit. 5 part 5. vbi gloss 4 & l 1. titul. 11. libr 5. nouæ recopil. vbi Azeued. Gama decis. 204. 256. & 259 Valasc. cons. 18. & cons 43. & 70. à nu 4. Cabedus 1. part. decis. 34. num. 1. Couar. lib 2. variar. cap. 3. & 4. Gomes tom. 2. variar. cap. 2. Menoch. cons 343 num. 16.

Atque ex his fundamentis quibus domini sequentes accesserunt, sententiam reuocauimus, excludendo agentem ex cursu temporis longissimi, quia contractus oppugnabatur ex defectu decreti tantum. Scriba Azeuedo 1. Iulij 1616.

SVMMARIA.

1 Coloniæ quando sit locus.
Bona maioratus possunt in emphyteusim concedi, & quando. ibi.
In noualibus facilius admittitur emphyteusis. ibi.
Quid sit nouale vulgo de fogo morto. ibi.
Noualis allegationem excludit pensionis recognitio. ibi.
2 Ius coloniæ cessat vbi constat de titulo emphyteutico.
3 Ius coloniæ an dari possit.
Tribus modis solent coloni dominorum petitionem repellere. ibi.
4 Ius coloniæ perpetuum præscribi non potest.
Ampliatur etiam si præscriptio sit immemorialis. ibi.
Nisi colonus requisitus denegauerit pensionem non priuatur dominus possessione rei locatæ. ibi.
5 Colonus longo tempore præscribit ius ne expellatur.
6 Ius coloniæ ex præsumptione elicitur quæ in hoc regno dari non potest.
Tales locationes in regno fieri non consueuerunt ideo nec præsumi debent. ibi.
Coloniæ præscriptio procedit etiã si de origine locationis constet. ibi.
Ius coloniæ restringi oportet quia cum dominorum præiuditio introducitur. ibi.
7 Duobus modis quis prætendit ex tempore ius in re aliena.
8 Quando quis intendit præscribere ius emphyteuticum debet probare vniformes præstationes.
Quando allegat titulum sibi concessum emphyteusis sufficit vt longo tempore probet se soluisse. ibi.
9 Ius coloniæ vt constituatur non requiruntur præstationes vniformes.
Colonia præsumi potest quando pensio respondet fructibus. ibi.
10 Quando pensio est modica quæ ad emphyteusim, & censum applicari potest dicimus emphyteusim concessam.
11 Emphyteusis an præsumatur ad vitas vel perpetua.
In emphyteusi extincta possessorem vltimã vitam iudicamus. ibi.

DECI-

DECISIO XXXVII.

Vtrum colonus possidens ab antiquo prædium maioratus ad titulum emphyteusis, sit repellendus ad instantiam successoris quando illud ad culturam redegit, ad Ordin. lib. 4. tit. 36. & 79.

POssidebant ab antiquo Antonius Luys eiusq; prædecessores prædium, seu hortum, cuius proprietas spectabat, ad maioratum Melchioris à Cunha Villę de Loures contra quem ipse intenderat rei vindicationem, proponēs quod Reus sine titulo possidebat, Reus omittens defensionē tituli emphyteutici, qui videbatur ex temporis diuturnitate extinctus cōfugiebat ad ius colloniæ, quod 40 annis præscripsisse proponebat, per se & antecessores suos. Actor vero instabat titulū emphyteuticum præcessisse, reumq; illū occultasse, eo quod generationes erāt finitæ nec renouatio tempore debita petita, insuperq; arguebat tituli nullitatē, & his fundamentis motus iudex sententiam protulit contra reum vt emphyteusim dimitteret.

1 Primus dominus Petrus Aluarez Sanches ex authoritate doctissimi Antonij à Gama decis. 144. n. 10 & Valas. cons. 192. n 7 colloniam perpetuā Reo adiudicauit, ne expelli posset, ego contrarium sensi, imò reum fore iudicandum vltimam personā in emphyteusi, cum constet titulum intercessisse emphyteuticū, nec appareat an generationes finitæ sint, in cuius sententiæ confirmationem sequentia dicebam. Quod si bona non erant maioratus vt primus dominus existimabat, quia nō reperiebantur descripta in institutione, non erat dubium in emphyteusim concedi potuisse, quod si maioratus erant, adhuc potuerunt sub titulo emphyteutico concedi, quia terra inutilis, vt reducatur ad culturam, potest in phyteusim dari à possessore maioratus, ex Gama decis. 16 nu 5. & decis 55. n. 1. & decis. 222. nu 65 maxime stante cōsuetudine regni, licet in puncto iuris aliud dicendū, teneat Corbulus tit. de caus. priuatio ob alienation. ampli. 25. & 48 Valas. de iure emphy q 29. & consult 95. nu 2. Gomes in l 40. Taur. n. 48. citat plura Pinel de bon. mater. 3. p. n 65. Molin de primog. lib. 1. c. 21. n 31. & lib. 4. c. 1. nu 10. Et prior opinio sine dubio obtinebit, in noualibus quæ sumptibus & labore colloni ad culturā rediguntur, quod pragmatici vocant, *de fogo morto*, quod aliquando me torsit cur ita á rusticis diceretur, & ex eo puto vsurpari quia noualia quæ in montibus & saltibus præcipue incipiunt solent rustici ferro procindere, ligonibus ponderosisq; vomeribus, arborū & herbarum radices extirpare, & ad moto igne, arentis terræ cespites, in cendere, & in cineres dissoluere, & inde prædium extincta flāma quasi ex cinere conflatum nuncupant, *casal leuantado de fogo morto*, vt colligitur ex Auth de non alienand. col 2. §. quod autē ibi, *siue ex igne*, idest à primo igne suscitatū non enim aliter terra sterilis, ad culturam reduci potest, & fructum producere nisi de nouo ferro procissa, atq; extirpata, ignis calore quasi reformata, atq; fermentata, occulto fætu, turgescens, fructus concipiat, atque parturiat, quod innuit Virgil. elegantissimis carminibus Georgicorum.

Sæpe

Sæpe etiam steriles incendere profuit agros,
Atque leuem stipulam, crepitantibus vrere flammis,
Siue inde occultas vires, & pabula terræ
Pinguia concipiunt, siue illis omne per ignem
Excoquitur vitium, atque exudat inutilis humor,
Seu plures calor ille vias, & cæca relaxat,
Spiramenta, nouas veniat qua succus in herbas,
Seu durat magis & venas stringit hiantes,
Ne tenues pluuiæ rapidique potentiæ solis
Acrior, aut Boreæ penetrabile frigus adurat.

Et paulò infra.

Et cum exustus ager morientibus æstuat herbis.

Hanc autem terram sterilem de nouo ad culturam redactam nouale appellant nostri Iurisconsulti, vt in lege silua cædua. § .noualis. ff de verbor. signi. ibi, *Noualis est terra proscissa*, licet Alciat. libr. 2. prætermissorum censeat legendum præcissa, sed propior est prior lectio, quã M. Varronis authoritas adstruit lib. 1 de re rustica cap. 29. rursum inquit terram cum primum arant proscindere appellant, cũ iterum effringere, Collumela libr. 1. pingues campi qui diutius continent aquam, proscindendi sunt, & Virgil. lib. 1. georgicor.

Et qui proscissa quæ suscitat æquore terga
Rursus in obliquum verso prorumpit aratro.

Noualis ait Varro. libr. 1. cap 19 & 21. vbi satum fuit priusquam secunda aratione renouetur, & aliquando dicitur veruactum, terra vere proscissa, concinit Plinij testimonium libr 18. quidam inquit ab æquinoctio verno proscindi volunt, quodque vere semel aratum est, à temporis argumento veruactum, vocatur, meminit Varro. lib 1. de re rustica cap 44. Collumella lib. 2. de iure autem canonico nouale solet appellari terra quæ cũ nusquam proscissa fuerit, nuper ad culturã fuerit reducta, tex. in cap. quid per nouale de verbor. signi. in c. tua 25. §. 1. de decimis, tradit Purpur. conf. 7. volum. 1. Quare vt terra dici possit ex igno mortuo conflata, seu erecta, requiritur quod talis terra à memoria hominum culta non fuerit, tex in cap. 1. de verbor. signi. lib. 6. deinde quod ille locus fuisset ante incultus, & desertus; tertio quod terra fuerit ad culturam redacta, vt in d c. quid per sit nouale D. pater meus de renoua. quæst. 15 nu. 33. faciunt quæ Valasc. quæst. 1. & 2. de iure emphyt. testesque debent dicere quod talis terra erat inculta, & feris patens, & nunquam audiuisse quod fuisset culta, describitur ab Speculat. titul de probatio. 2 part. § probare nu. 20 vers. vltimo quæritur, sequitur Rebuff. in l. silua cædua. §. noualis ff de verbor signi l si arbiter ff de probatio. Eam tamen noualis allegationem excludit pensionis recognitio, præstita à possessore, quæ arguit dominium illius, cui dependitur; & ea sola sufficit ad dominij probationem, l. censualis, & ibi Bald C de donatio. Alciat. conf. 9 col fin. Iacobin de feud. vers dictiq; vassali num. 21. & est receptum ex Valasc. de iure emphyt quæst. 9. nu. 18. & talis recognitio præscriptionẽ iam cæptam interrumpit, l. in cõtractibus

C. de

C de non num.pecun. l.cum notissimi § imò.C.præscrip.30.vel 40. Iaf in l.quibus idem, vers. secundo modo.ff. de verbor.obligat. Crauetta de antiq. tempor.4.part. cap.materia ista,num. 105 fol.173.Guido decis 272.Guilel.in cap.Raynutius, verbo & vxorē, decis. 5.nu.445.& talis recognitio ligat etiā successores, vt per supradictos.

2 Ex quibus cū in præsenti satis probatū esset, quod emphyteutica cōcessio,intercesserat à principio,& sub illius tituli vmbra, prædecessores Rei possedisse, cessabat illa allegatio, *de fogo morto*, & ius coloniæ ne expelleretur ex reg.tex. in l.nec cui C.locati l dudū C.de contrah emptio nec obstabant.l. congruit,& l.prædia.§ fin. C de locatio prædior.fiscal. libr.11 quia procedunt in prædijs fiscalibus in quibus datur dispar ratio explicat gloss. in d. l.nec cui. verbo locandi.

3 Deinde agendo specialiter, de hoc coloniæ iure,quod in nostra tribunalia irrepsit.ita vt colonario iure coloni suffulti possessiones veris dominis dimittere sæpe recusent,cū quibus male agitur dum talia figmenta admittuntur. Aduerto quod tribus modis solent coloni dominorū petitionē repellere; primo vel allegāt se ex tempore præscripsisse ius colonatus, seu coloniæ; secundum præscripsisse ius emphyteuticum; tertio tandem contendunt sibi cōcessam emphyteusim.

4 Primo casu,videtur sine dubio ius coloniæ perpetuæ præscribi nō posse, cum is tantū qui possidet, possit præscribere, quod in colono defficit, per quem dominus pósidet,tanquam suæ possessionis instrumentū,c si diligenti de præscriptio, cap.cū venisset in fine de rest spoli.l colonus ff de vi,explicat Tiraq de constituto à princip.Gomes l 45.Taur á nu.73.Molin.lib.4.cap.2. à nu 44. reg sine possessione de reg. iur.lib 6.Balb 4.part.4 princip.nu 37. & 1.part. 6.p. nu.51.Peres ad l.2.tit.13. lib.3.ordinam. ex pendentes tex. in l. pignori in princ. ff de vsucap. vbi debitor qui per creditorem pignus possidet, est qui præscribit ibi, *pignori rem acceptam vsu non capimus quia pro alieno possidemus*, & in l. male agitur.C præscript.30. & in l. neque C.de vsufruct. sicut nec præscribit vsufructuarius,ibi, *Neque fructuarium ad obtinendam proprietatem rerum,quarum vsumfructum habet, neque successores eius, vlla temporis ex ea causa tenentes præscriptio munit.*

Quod ampliatur etiamsi præscriptio sit immemorialis, quia nec per eam præscribit qui alterius nomine possidet, Bald. & Paulus in d.l.neque, Iaf.in l.2.C de iure emphyt. num.157. Balb d n.37. Tiraq.vbi supra limit.21. num. 7. vnde si colonus per longum tempus non soluat, licet dominus eo casu contra eum agere possit, quasi possessione recipiendi spoliatus, & vtili interdicto vnde vi experiri,argu. cap.querellam de election.l.litibus.C. de agricol lib.11.late Gomes vbi supra num.172. Valasc.de iur.emphyt.q.18. num.10 tamen nisi colonus requisitus soluere denegauerit,non priuatur dominus possessione rei locatæ, imò adhuc retinet ius suum per eundem colonum,gloss. per tex. ibi in l. 2. C.de præscriptio.30. Bald. per tex. ibi in l. Pomponius. ff. quibus modis vsusfructus, Alex.num.2 in l.quamuis.§.1.ff. acq possess.Socin.cons 106.nu.3.libr.3. Tiraq d.loco nu.6.an vero præscribat ipsas pensiones colliges ex gloss. 2. Bart. & alijs in d.l 2. Balb dict.4 part. num.32 fol 321. Cassan. rubr.11. § 2. gloss 2 num 34.

5 Obijci tamen potest quod hæc procedunt circa rem ipsam præscribendam, non vero circa ius coloniæ, quia colonus longissimo tempore soluens vniformem,præscribit ius coloni perpetui, ne iam amplius à domino expelli,aut pensio augeri valeat, Ang. Alex.& Bart.in d.l.2. cōmunis vt per

R Valasc.

Valasc. quæstion. 20 numer. 12. idem prosequitur Gama decis. 26. in princ. & decis. 244. numer. 10. dict. l. 2. ibi ius proprietatis à contrario, l. cum satis, vers. cum autem Cod de agricol. libr. 11: quia respectu colonatus, ipse non domini, sed proprio nomine possidet, quem probare intendit per huiusmodi pensiones, præsumptione iuris, iuxta l. cum de in rem verso 6 ff. de vsur.

6 Verum contra huiusmodi præscriptionem aduerto, quod illa probatio coloniæ, fit iuris præsumptione, quæ inter modos probandi legitimos connumeratur. l. generaliter. § si positum ff. de fideicommissar. libertat. l. si chyrographum l cum de indebito ff. de probatio. l labeo l postquam ff. de pact. l quicunque. Cod. de apochis publicis libr. 10 l. siue possidetis C de probatio l 1. Cod. ad exhibendum, Roland. à Valle consil 46. num. 47. vol 3. Bart. in l. si prius, versic venio ff de noui. oper. nuntiat. Nata cons 514 num. 28. libr. 3. quæ præsumptio in hoc regno nullo modo admitti potest, quia præsumptio versatur circa ea quæ vera sunt, vel esse possunt. atque ideo opinio Gamæ quæ nititur authoritate Bald & aliorum quos ipse citat, vtique non videtur bene desumpta cum Bald. & alij loquantur de prouintijs in quibus solent fieri tales locationes perpetuæ, & concedi ius coloniæ per contractus, at vero apud nos, nemo audiuit vnquam ius coloniæ alicui concessum per contractum atque ideo cùm ita repugnet regionis consuetudo, nullo modo præsumi potest quod realiter non datur atque ideo Valasc dict. numer. 12. coloniæ ius non dari asserit, & dixit lato sermone Aymon de antiquitat 4. part. numer. 100 & expressa probatur in l male agitur Cod de præscrip 30 annor. Valasc in consil. 192, numer. 8. dicit quod colonus solum acquirit exceptionem, ne expellatur, & quod non excedit talis colonia vitam ipsius coloni, num. 9. ex quo fit quod nec coniungere possit tempus sui prædecessoris, quia si eius vitam illud ius colendi non egreditur, tanquam personale vtique nec accessione defuncti vti licebit, argumento l. cum hæres. ff. de diuers. & temporal præscriptio.

Alij distingunt in hoc iure præscribendo, ex mente Pauli in l. si plures numer. 3 & 7. Cod. de fid instrum. & cons 142. colum. 1 vers nec etiam libr. 2. Gama dict. decis 244. num. 10. & decis. 297. numer. 4 decis 276. & 277. & 246. & 244. Pinel. de bon. mater. 3. part. numer. 65. quando constat de origine possessionis, seu locationis, vt tunc ius coloniæ non præscribatur, quæ tamen distinctio non videtur admittenda, in eo qui intendit præscribere ius coloniæ, quia præscriptio procedit, & suam vim habet, quantumcunque attento principio, & origine constet rem aliter se habere, & præscribentem ius nunquam habuisse, illud enim præscriptio tribuit l 3 ff. de vsucapio. atque ideo si coloniæ ius præscriptibile est, etiam si de titulo locationis constet nihil impedit vt præscribatur, vnde puto hoc ius coloniæ summopere restringendum quia cũ magno dominorum præiuditio introducitur, & ad summum cum Valasc. vbi supra numer. 10. quod vltra decennium non extendatur, quia præsumptio eo casu verosimile præsumit, & contractum locationis ad nouennium, quod sæpe fit, non vero coloniæ perpetuæ, cuius nemo vnquam meminit se legisse exemplar.

7 Atque ideo in nostro casu coloniam non præscriptã dixi vt primus dominus dixerat, sed Reum iudicandũ esse tertiam vitam in emphyteusi ad quod

ad quod mouebar ex sequentibus.

Quia duobus modis potest quis prætendere ius in re aliena, vel dum intendit se præscripsisse ius emphyteuticum, vel sibi concessam emphyteusim, ex titulo præsumpto, & ad tituli probationem allegat pensionum solutionem, vt ex illa præsumptione iuris titulũ. Colligatur, retro præcessisse, iuxta regulam l. cum de in rem verso. ff. de vsur. de qua Tiraquell. de præscriptio. §.1 gloss. 4. vers. decimo sexto, Couar. in regul. possessor. 2. part. §.4. num. 2. Padilla in l.2. C. de seruit. num.33. Gama decis.13. nu.2. & decis. 276 à princ & 329.

Inter quos petendi modos illa est differentia, quod primo casu iuxta præscriptionis naturam, oportet vt vniformes pensiones intercedant, eo temporis spatio, quo res illa præscribi poterat, attento iure. & rei qualitate, & domini seu possessoris, contra quem præscribitur, veluti si sit ecclesiæ vel maioratus In secundo autem casu ad probationem tituli allegati, sufficit vt longo tempore pensiones exoluantur, quas dominus dum recepit vniformes, sibi præiudicauit. iuxta regulam legis de in rem verso. ff de vsur l. si certis annis. Cod de pact. Valasc. de iure emphyt. quæst. 8. nu. 18. D Caldas Pereira de renouat. quæst. 15. num 12. Vnde in primo casu licet completa præscriptione appareat, emphyteutam nullum ius habuisse imò à principio solam locationem intercessisse, is qui præscripsit, omnino securus est. nec dominus contra illum audiri potest, argum. l vltim. in fin. ibi plenissimam securitatem. Cod. de edict. diui Adrian tollend. Quod secus erit in secundo, in quo admittitur probatio in contrarium, vt illa iuris præsumptio quæ ex præstationibus annuis insurgit, per contrariam probationem elidatur, obseruat Dynus & Doctores communiter in d.l. si certis annis, Gabriel vbi supra numer. 62. Menchaca illustrium cap. 84. num. 33. Vnde constito de initio locationis cessabit tituli præsumptio, cum renouatio potius censeatur prioris contractus, quam noua concessio, cum possessio debeat censeri continuata ex prima & originali causa, quam à se ipso nemo mutat. l. cum nemo. C. de acq. poss. nec mutasse præsumitur.

Quia tamen adhuc dubitari potest, an ex illa diuturna, & vniformi præstatione acquiratur, seu præscribatur ius emphyteuticum, vel censeatur concessa emphyteusis, vel acquisitum ius coloniæ, quia his omnibus conuenit, & applicari potest, præstationum annuarum continuatio, illa differentia est, in his tribus casibus, vltra eas quas assignat gloss. 2. & 3. in l. 2. C. de iure emphyt. Ias. nu. 22. in l. 1. illo titulo gloss. & communis in §. adeo instit de locato.

Quod in primo, quando agitur de præscribenda emphyteusi, contra particularem, qui plenum rei habet dominium, triginta annorum cursus requiritur, quia sine titulo præscribitur, ex his quæ Dominus Caldas Pereira de renouat quæst. 15 à numer. 5. & seqq. Si vero contra ecclesiam 40. annorum tempus desideratur, vt prælato, & successoribus noceat, secus in maioratu quia possessio quadragenaria solum possessori nocebit etiam cũ titulo nõ vero sequentibus, quia requiritur sine illo immemorialis, nec aliud probat tex. in cap. cum personæ de priuilegijs libr. 6. quem ad id expendit Molin. de primogenijs libr. 2. cap. 6. numer. 52. quibus responde cum eod. Molin. libr. 4. cap. 10 á nu. 1.

In secundo casu quando agitur de præsumenda cõcessione emphyteusis, si allegato titulo emphyteutico diuturna solutio accedat, & illius fama

probetur, vt insimili requirit Valasc. quæst.7. num 33. Gama decis. 26. & 244. à nu.2. & 276.& 329 tunc contra particularem decennio prescribitur,& inducitur tituli probatio, Valaf. d.quæst.7.num 18. D. Caldas Pereira de renoua q 15 num.12.Contra ecclesiam vel maioratum quadragenaria requiritur, vt contraria iuris præsumptio euacuetur, Menoch. libr.3. præsumpt 108. Molin.disput.444. Morla titul.6.quæst.4.nu.70.

Circa autem ius coloniæ, de quo agit Valasc conf.157.num.4 & 192. & de iure emphyt. q.20. num.12. Gama decis.329. num.3. vbi additio & decis 244 num 2.& 10 & decis 297.num 4. & 127 num.1.& 276.nu 1.Flores lib 3. variar. quæst 23. Menoch conf. 291. nn.32. Verius est non requiri vt præscribatur, vt pensiones sint vniformes, nam difformitas nihil nocet, quia ius colendi ad vitam non mutatur, vt maiori vel minori pensione fiat, pungit Valasc.d conf 192.num.8.

Illud solum obseruandum est, vt pensio quæ soluitur talis sit quod respondeat fructibus locatis, quia si pensio sit exigua potius emphyteusim demonstrat, aut censum vt per Ias. in l.1 C de iur. emphyt num. 35. Valasc. de iur.emphyt q.1.num 9 & nisi aliud regionis consuetudo suadeat, potius census quam emphyteusis præsumenda est, vt per Valasc q 32.num 35. nisi sit in prouincia interamnensi, in qua potius emphyteusis præsumitur, si vero pensio in pecunia constituta sit potius censualis contractus censendus est.

11 Ex quibus adhuc dubitari potest an talis emphyteusis præsumatur ad vitas præscripta, vel perpetua communis inter emphyteusim secularem & ecclesiasticam distinguit, vt illa perpetua esse censeatur Gama decis. 276 n 3. Mascard conclus 604 nu 6. Mantica de tacitis lib 22. titul 5 nu.11. hæc ad 3. generationes ex Bald in cap. 1 § vltim. de feudo dato inuicem Ias. in l sed etsi §. item si iurauero, num.3. & 4 ff.de iur.iur. Couar 3 resolu cap.1. num 4.& lib 2.cap.17. num.6. Gama decis.27. resoluit Valasc. q 1.num.12. de iur. emphyt. sed quicquid de iure communi sit, attento regni stilo, & praxi, secundum quam emphyteusis ecclesiastica, & sæcularis ad tres vitas concedi solent auth. de non alienand. col. 2. §. emphyteusim, sic soluentem vltimam personam iudicari ex Gama vbi supra numer. 2. passim videmus, ex reg l. in obscuris ff. de reg. iur. vt intelligatur in eo quod minus est, in quo tamen arbitrando semper censerem, inspiciendum esse temporis spatium quo res possidetur à præscribente, vt illum modo vel primam, vel secundam aut tandem tertiam personam coniectemur.

Ex quibus sic senatui placuit, vt hic Reus vltima persona iudicaretur in emphyteusi, & quia computato tempore quo eius parentes possidebant, constabat vitas esse finitas, iussimus vt Reo fieret renouatio, intra mensem quam ipse acceptare compelleretur, quia pensio quæ soluebatur non conueniebat colono, sed emphyteutæ, deinde quia coloniæ ius non transit ad hæredes præscribentis, vt supra notauimus, atque ideo Reus foret iudicandus vltima persona, si facta temporis computatione non appareret emphyteusim iam esse extinctam. Scriba Guerra.

Atque ex his postea in quoddam processu cuiusdã Antonij Fernandez, contra Mariam Esteues, ex oppido de Castellobranco reuocauimus iudicis sententiam, qui pronunciauerat alienationem factam á possessore maioratus cuiusdam prædij, sustinendam ex eo quia successor per 26 annorum spatium pensiones annuas receperat, allegabat enim reus titulum emphy-

teuticum,

teuticum perpetuum, & probat se à 35 annis retro possedisse, quibus non obstantibus iudicatum fuit vt rem dimitteret. Scriba Dominguos de Basto.

Hoc idem iudicatum fuit in processu D. Antonij de Tauora, contra Franciscum Pirez, vbi d. Reus casale possidebat ab 80. annis retro soluendo vniformem, extabant tamen argumenta, quod olim antecessores ipsius habuerant titulum ad vitas, & cum in senatu inferiori iudicatum esset pro Reo, vt emphyteusis perpetua censeretur præscripta, sub illa pensione solita solui, tamen reuocauimus sententiam, reducendo emphyteusim ad vitas, vt possessor vltima vita censeretur. Scriba Quintal.

Postea in processu Martini Alphonsi d'Oliueira & Miranda, contra Didacum Luis, scriba Francisco d'Azeuedo iudicauimus ius coloniæ dari non posse in prædijs vrbanis, quia ratio l. fin. C. de allunio. non datur in illis, nec est aliquis Doctor qui tale ius ad domorum locationes extendat ponderat Valasc. consl. 192. nu. 11. licet in auth. de non alienandis col. 2. vers. lex itaque reperiatur facta mentio de iure coloniæ in domibus quam ibi reprobat ille tex.

SVMMARIA.



Icut cæterarum rerum sit transferendæ actionis ius est.

Cessionario licet cessam actionem exercere. ibi.

2 *Actiones vel ceduntur vel mandantur.*

Cessa actio fit propria cessionarij. ibi.

Mandata actio etiam propria fit nec morte mandantis reuocatur. ibi.

Is in quem transit actio vtilis potest exercere directas nomine mādantis.

3 *Domino licet etiam cessa actione vel debitorem liberare, vel cum eo experiri.*

Is cui actiones sunt cessæ quando domino præferatur. ibi.

4 *Periculum nominis cessionarius non subit.*

Interpretata l. inter causas. §. abesse. ibi.

De legatio priorem obligationem extinguit. ibi.

6 *Interpretata l. si nomen. ff. de hæred. vel action.*

Vendita hæreditate in qua nomina continentur statim vtiles actiones transferuntur. ibi.

procuratore ff. de procurator. & in l. 1. C. de actio & obligatio. D pater meus de emptione c. 24 nu 22. Decius conf. 541 num. 21 Tiraq de retract. ligna. §. 26. gloss. 1. num. 14 quod quidem & in mandata actione obtinet, quæ accipientis propria fit, nec eius voluntate, aut morte reuocatur, d. l. procuratore, quæ habet dominum non esse præferendum si agat, quod quidem ex eo est, quia non potest reuocare, facit l. 1. C. de actio & oblig. nec hic datur verũ mandatum, quod morte finiri debeat, cum accipiens, rem propriam agat, non alienam, vnde mortuo mandante, si hæredem relinquat, ex eius persona exercetur, si vero sine hærede sit, licet euanescat mandatum, vt accipiens mandata sibi actione vtatur, tamen adhuc vtilis ei competit, ex vi præcedentis mandati, quo licuit, vel directis mandatis actionibus experiri, vel vtilibus, l 1 C. de actio. & obligat. quia is in quem transit nomen, seu actio, vtiles suo nomine mouere potest, directas ex persona mandantis, vnde licet pereat exercitium directæ actionis, non tamen vtilis, quæ propria ipsius est, explicat eleganter D. pater meus Franciscus de Caldas Pereira de emptione cap. 24. nu. 20. ad intellectum d. l. 1. C de actio & obligat. & nu. 21. & cauendum est à Forcatulo dialog. 64. quem etiam sequebatur impius Doctor, vt sine vlla cessione transiret, actio vtilis.

3 Illud tamen est notandũ, quod cessa actione, adhuc domino licet, vel debitorem liberare, vel cum eo experiri, nisi cessionarij facto, vel persecutione, res integra non sit, de quo in l. 3. C de nouatio veluti si litem contestatus sit, vel si extra iuditium obtinuerit à debitore, vt partem debiti, ei solueret, vel tandem si denuntiauerit debitori, vt sibi solueret, l. nomen. C quæ res pig oblig poss. quia si nihil horum factum sit, potest dominus inhibere, ne cessis actionibus vtatur, vt in d l. 3. C. de nouatio l. vltim. ff. de transactio. nam aliter is, cui actiones sunt cessæ, præferretur domino agenti, d. l. procuratore; vnde non videtur bene sentire Donellus vbi supra fol 544 nu. 10. quod si re non integra, adhuc dominus agat, & litem contestatus sit, nouã acquirit contra eum actionem iudicati, ex l 3 § idem scribit ff. de pecul. quæ semel acquisita ab eo adimi potest, l vltim ff. de pact. l habere ff de euictio. nam licet debitor sic conuentus soluat, adhuc repetere poterit solutum per condictionem ob causam, quia solutum illud fuit, vt liberaretur quæ causa sequta non est, cum adhuc cessionario soluere teneatur, nec ex litis contestatione, creditor nouum ius acquirit, contra verum dominum qualis est cessionarius re non integra, vnde videtur semper distinguendum, quando datur simplex cessio ad exigendum vel quando vltra cessionem fit datio in solutum in illa eadem actione, nam hoc secundo casu prima actio perimitur & periculum est creditoris, l pupilli § soror. ff. de solutio. declarat Decius conf 99. nu 4. vbi dicit quod simplex cessio non liberat cedentem secus quando datur actio in solutum Bessius conf. 150. num. 35. vbi allegat Imolam in l. facta § si hæres. ff. ad Trebell. col. 2. Surdus conf. 145. num 29.

4 Atque ex his cum in præsenti, cessio actionis facta fuerit simplex, ad debitum exigendum, de quo tamen liquido non constabat, bona fides non patitur, vt periculum nominis cessionarius subeat, cum magis cessis, vel mandatis actionibus egerit. ex vtilibus proprio, vel ex mandatis procuratorio nomine, late Molin de cõtractib tract. 2. disputat. 340. pro quo est tex in l. si literarum. C de solutio. ibi, *cum petitio debiti maneat integra nihil legitimam exactionem impedire potest*, Rota Genuens.

decis. 2. nu. 10. faciunt quæ Bald. cons. 348 vol. 1. Boer. decis. 282. in literis cambij etiam acceptatis, resoluit Bursatus cons. 39 vbi late quod requiritur vera solutio, licet aliter videatur innuere Menoch libr 3. præsumpt 134. nu fin & Surdus d. cons. 145. nu. 10. ad idem Rota decis 6 num 6 & decis. 50. nu 1. videndus Mascard conclus 988. quia cessio illam conditionem habet si solutio sequatur, quæ si non fiat pristina actio super est, contra debitorem, quia per fraudem cessio facta censetur, ideo inutilis, & inefficax, vt cedentem liberet, D pater meus d. c 24. nu. 33 Surdus decis. 23. nu 22. vers. credidit, nisi ex negligentia sua cessionarius exigere neglexerit, l. 15. titul. 14. part. 5. l 2. C. de nautico fænor Beneuenutus de mercator lib 1. c 3. & deducitur ex l 3 C. de noua vers quod si delegatione.. Parlador. differ 50. §. 2. num. 8.

5 Nec obstat dict. l inter causas §. abesse quia in illo tex. & similibus nõ agitur de cessa actione ad recipiendũ debitum in solutum datum sed de debitore delegato loco prioris cuius acceptatione prius debitũ extinguitur, & nouatur ipso iure obligatio, nam etiam stante l. fin. C de nouatio. quæ non permittit nouationẽ induci posse nisi specialiter de nouanda priori obligatione actum sit inter partes delegatio priorem obligationem nouat quia delegatio habetur loco solutionis d §. abesse. l si rem. ff. de nouatio. Alex. cons 96. num 3 vol. 3. Alciat cons 763. nu 1. Cephal. cons 218 num 25. Paris. cons. 107. nu. 28. vol. 3. adeo vt si postea fiat non soluendo delegatus id periculo accipientis cedat. l. si cũ dotem. §. si cum mulier ff sol. matri quod Bart. extendit etiamsi dolo fuisset quis inductus ad acceptandum delegatum quia datur sola actio doli, prosequitur pluribus citatis Surdus decis. 23. nu. 4. & cons. 145. nu 32. l sub prætextu 1 C. de transactio l dolo. C. de inutil. stipul. Bald. in l. si cum dotem. §. si mulier ff. solut. matrim vbi Angel. Ias in l. singularia nu 49 ff. si cert. petat Stracha. tit de decoctor part. 5. nu. 4. fit enim delegatio mediante stipulatione glos. in l quāuis § mulier 2. ff. ad Vellean. gloss in l si Titius ff de nouatio & tria requiri dicit Socin. cons. 267 num 3. vol 2. Paris vbi supra nu 21.

6 Vnde pariter in d l si nomen ff. de hæredit. vel actione vendita. periculum nominis ad emptorem spectat, quia per venditionem periculũ emptoris est, Barbos in l. si æstimatis nu 11. ff sol matri & obiter noto quod vendita hæreditate in qua & nomina continentur, statim vtiles actiones, actiuæ transferuntur in eum in quem hæreditas translata est, licet actiones vtiles passiuæ, non transferantur, quia ex eo nouus debitor creditori acquireretur, & licet hæc stipulatio valeat propter interesse stipulantis, l stipulatio ista. § alteri ff de verbor tamen cũ necessario verba obligatiua ad personam stipulantis debeant referri, iuxta reg l. quæcunque gerimus ff de actio. & oblig stipulanti acquiritur actio, & obligatio, & necessaria est cessio, vt creditores agere possint, iuxta reg l. possessio quoque. §. fin ff. acq poss. atque ideo non secure videtur loquta gloss. fin. in l. 2. C de hæredit. vel actio. vend. & merito dubitat Curtius Senior in l. 1. num. 5. C. de pact. & Ias in l. reconiuncti num. 134. ff. de legat 3. Guido decis. 460. num. 1.

Ex quibus senatui placuit moniales condemnandas fuisse confirmata sententia iudicis. Scriba Georgio Fernandez.

SVM-

SVMMARIA

1 *Donatio quæ fit à marito sponsæ ratione matrimonij contrahendi statim valet.*

Dos quæ constituitur ratione dispensationis dicitur ex causa onerosa.ibi.

2 *Hæc donatio sequto matrimonio non communicatur.*

3 *Mulier pro sua dote habet tacitam hypothecam, & priuilegium prælationis.*

Idem recipitur in muliere quod in fisco.ibi.

Mulier pro sua dote prafertur fisco in actione personali.ibi.

4 *An mulier in sua tacita hypotheca præferatur illi qui habet expressam.*

Mulier posterior hypotheca licet expressa non præfertur priori expressæ.ibi.

5 *Vxor an præferatur in rebus postea acquisitis.*

6 *In domibus post contractum quæsitis potest mulier pecuniam iam solutum reuocare.*

Si est bona fide consumpta potest vindicari actione personali.ibi.

Pecunia transit cum sua causa, & dicitur hypothecata in genere, ibi.

7 *Non retractatur addictio etiam si secundus creditor ius reale prætendat.*

Ordin.lib.3. titul.91. §.1.ibi.

DECISIO XXXIX.

An vxor pro conductione reddituum à marito facta, ante matrimonium, matrimonio tamen constante, collectorum, de suo soluere teneatur locatori, ad Ord.lib.4.tit.59.

Cum Ioannes Teixeira oppidi do Sardoal, redditus annuos conduxisset, nomine communi, suo & cuiusdam P. facta vtriusq; conductoris, generali suorum bonorum hypotheca; cumq; ipse Ioannes, commune debitum soluisset, egit contra dict. P. vt suam partem debiti rependeret, qui iam eo tempore vxorem duxerat, cui quinquaginta mille nūmos cum bonorum suorum hypotheca, promiserat, eo quod sic in dispensatione erat expressum, vt cōpetentem dotem

dotem vxori, & consanguineæ assignaret. Cumq; dictus Ioannes Teixeira qui solidum soluerat, domos quasdam dicti P. in addictione publica cæpisset, quæ perfecta addictione obijt, eius vxor Maria Diaz contra addictionem opposuit, impedimenta, tertij possessoris, asserens se in possessione illorum bonorum esse, petebatque vt addictio nulla iudicaretur, nec vlterius procederet, ex Ordinat lib. 3 titul. 86 §. 7. & quæ Valasc cons 55 per tot. Barbosa in l si alienam nu. 19. ff solut. matrimon Cabed. arest. 66. Insuper dicens quod sufficiebat ad impediendam executionem rei, vt dominus ipsius accederet, & opponeret quando lis super eadem re non fuit mota, sed tantum pro executione capitur, ex Bart. in l. á diuo § si super rebus ff. de re iudic. num 3. Couar pract. cap. 16. num. 4. Cabed d arest 66. & quia duobus prioribus senatoribus placuit, vt impedimenta pro probatis haberentur, dictaque impediens suæ possessioni restitueretur, sequentes autem duo domini contrarium adstruebant, sequentia in processu tractanda duxi. Primum, an vxor ratione dotis sibi assignatæ á marito, possit impedire executionem factam in bonis ipsius, quæ ante dotis constitutionem erant, pro conductionis mercede obligata. Secundum, an addictio perfecta debeat annullari.

1 Pro quorum resolutione noto, quod in præsenti maritus bona sua, ante matrimonium conductioni obligauerat, qui postea dotẽ vxori constituit, in quãtitate 50. mille nummorũ, & sibi de nouo in dotem assignatæ fuerunt, quædam domus à matre vxoris quæ etiam pro addictione captæ fuerunt; ex quo apparet non bene agere dictam vxorem, dum impedire studet executionem, quasi ipsa in possessione domorum sit, ratione suæ dotis, cum ipsi non domus sed quantitas in dotem fuerit assignata; nec dubitari potest de validitate illius dotis factæ, ex causa matrimonij futuri, quia ex pluribus causis valent similes donationes, quia eo animo fiunt vt statim acquirantur, non referendo se ad tempus contracti matrimonij, probat l. 1. C. de dona. ante nupti. Siluester verbo dos, quæst. 6. vbi Angel. num. 6. Armilla 8. Tabiena quæst. 5. num 6. Baeça de non meliorand. filiab. cap. 16. num. 40. alias enim nõ valerent, si fierent cum relatione ad tempus matrimonij celebrati, vt late per Sanch. lib 6. disputat. 1 num. 6. Vnde quando Pontifex dispensat, cum consanguineis, ea conditione, vt vir vxorem pauperem dotare teneatur, valet ea dotis constitutio, quia non est mera donatio, sed ex causa onerosa, vt Summus Pontifex dispenset, & ex tali vel simili causa, donationem valere palam est, veluti quando maritus ignobilis, nobilem ducit, vel senex iuuenem, quam dotis constitutionem, etiã matrimonio constante fieri posse quasi remuneratorie factam, vt legi non subsit, tenuit gloss. in l. si voluntate, vers petendis. C. de dotis promiss. Bart. in l. si diuortio num. 4 ff. de verbor. obligatio. Tiraq de nobilitat. cap. 18. num. 19. Couar. 4. decretal. 2. part c. 3. §. 3. numer 2. Gregor. in l. 2. titul. 20. part. 2. Gomes in l. 52. Taur. num. 66. & tom. 2 variar cap. 4. num. 23. Peres lib 5. ordin. titul. 2. libr 1. fol. 73. §. præterea relictum, Duen. reg. 121. limit. 11. Baeça de non melioran. c. 16. in fine, Azeued. lib. 1. recopil titul. 2 l. 2 nu. 11. Ayora de parti. 1. part cap. 7. num. 36. Barbosa in l quæ dotis num. 56. ff sol. matrimon. Valasc cons. 4. numer. 7. & cons 5. num 18. Molin tom. 2. de iusti. tract 2 disput. 289. §. tertius, & disput. 439 plures alios casus congerit Sanch. de matrimon. libr. 6. disputat 7. num. 4. 5. & 6.

2 Vnde fit, quod si post dotem illa-

eadem

eadem mulier vxor fiat, sequuto matrimonio iuxta formam legis Regiæ lib. 4. titul 47. quæ habet vt omnia fiant communia, tamen hæc donatio non communicabitur, quia eo animo fit, vt præcipua apud vxorem sit, ex mandato superioris, nam si statim esset communicanda, non adimpleretur mandatum, nec formæ dispensationis esset satisfactũ, quæ intendit, vt apud vxorem illa dos remaneat illæsa, & ab omni communicatione immunis, quo ad proprietatem, non enim Pontifex censetur attendere ad leges seu statuta particularia, arg. cap 1. de constitutio.

3 Ex quibus fit quod dubitari potest, in præsenti circa duo primum an vxor cui dos assignata est, sit præferenda in exactione, priori creditori qui generalem habet hypothecam; secundum an saltem sit præferenda circa domos, quæ marito post dictam obligationem in dotem datæ fuerunt, quia cum sint bona post d. hypothecam acquisita, videtur vxor in his præferenda, ex reg. l. assiduis. C qui potiores, & in primo membro de iure est quod mulier pro sua dote non solum habet tacitam hypothecam. §. fuerat instit. de actio Barbos in l. 1. 3 p. num. 27. sed priuilegium prælationis anterioribus creditoribus. d l. assiduis C. qui potior auth. de æqualit. dotis. §. his consequens col. 7 & auth quo iure C. qui potior. nam idem recipitur in muliere, quod in fisco, vt non solum hypothecæ priori tacitæ præferatur, verum etiam in priuilegio personali actionum gloss. in l. priuilegia ff. de priuil. creditor. argum. l qui autem §. sciendum, ff. quæ in fraud. & in d auth. quo iure Imò mulier pro sua dote præfertur fisco, in actione personali, licet in hypotheca parificetur, & concurrant. l. 2. C. de priuil. fisci, adeo vt aliqui dixerint, eam esse præferendam illi qui ius prælationis habet, in sua tacita hypotheca, vt in eo qui mutuauit ad refectionem, iuxta l. interdum ff qui potior. & dixit Salycet. in d auth. quo iure nu. 3. Matienç. in l 7. titul. 16 gloss 5. num. 8. libr 5. Neguf. 5. part. num 16. 2. membr negant tamen Doctores in d auth. de æqualitate dotis § his consequens, verbo posterior, col. 7 Gutierr. practic. lib. 3 quæst. 99. num. 66.

4 Vnde dubitari solet an mulier in sua tacita hypotheca præferatur, illi qui habet expressam, vt in nostro casu, & communis habet non præferri, & per Doctores in d §. fuerat, Gregor. in l 33. titul 13. part 5 verbo entonces, Gutierr dict. quæst. 99 num 7. Gomes in l 50 Tauri num 39. Neguf 2 part. 2. membr. num. 100. licet aliter sentiat Vacon cap. 92. Vanderanus de priuilegijs creditor cap 4. Misinger. cent. 4. obseru 13 Barbos 6 part. legis 1. nu. 5. quia contraria est communis quæ in iudicando sequenda est Ordin libr. 3. titul 64. Vnde licet hypotheca mulieris sit expressa, si tamen est posterior, non præfertur anteriori expressæ, Gutierr vbi supra num. 8. Corras in l. qui liberos nu 235 ff de ritu nuptiar. Barbos vbi supra num. 56. licet præferatur habenti tacitam anteriorem Neguf. d 4 membr. 2. part. numer. 99. excepta causa funeraria quæ doti præfertur, ex Matienç dict gloss. 5. num. 2. Pichard in § fin instit de leg. falcid. Duen reg 397 Gama decis 318 Garcia de expens. c. 8. Mascard conclus. 804. nu 26. Ayora 2 part quæst. 12. Gutier. libr 2 pract quæst 70 l impensæ ff de religios. l si quis 14. § si colonus cod. licet videatur obstare d §. his consequens in fin vbi cauetur causam dotis soli cedere militiæ. Ex quibus in hoc primo membro mulier præferri non potest etiam si expressam haberet hypothecam contra priorem creditorem qui expressam pariter habebat

5 Maius est dubium circa domos à marito

à marito per dotem de nouo acquisitas, post priorem obligationem, & sine dubio videtur, saltem in his domibus vxorem præferendam, quia mulier æquiparatur fisco in sua dote, d §. his consequens. Fiscus autem præfertur in acquisitis post suum contractum priori creditori, licet expressam habeat hypothecam. l. si is qui 28. vbi Bart. ff. de iur. fisc. Peregrin. de iur. fisci libr. 6. titul. 6. num. 15. Neguſ. 2. membr. 3. part num 42. contra tex. in l. si ignorante C. remiss. pignor. l. 2. ff. qui potior. licet in quæsitis ante prior creditor cum expressa vel tacita hypotheca præferatur fisco l. si pignus. l. Titius in princ & §. fin. ff. qui potior. l. si fundum. C eod titul. Peregrin. vbi supra num. 16. Neguſ num. 42. Couar. 1. variar cap. 16 num 2. Capi decis. 1. 9. Barbos in l. 1. 2. part. num. 21. Gutierr. libr. 3 practic. quæst. 99. num. 16 ratio est quia in hypotheca, fiscus cæteris creditoribus non præfertur, gloss. in l. 33. titul 13. part 5 verbo obligados

6 Vnde cum vxor in his domibus, habeat uam tacitam hypothecam, cum iure prælationis, potest virtute sui priuilegij reuocare pecuniam, iam creditori solutam, ex pretio domuum, etiamsi bona fide consumpta sit, quia si extat eam vindicare potest, per hypothecariam, quia hypotheca fisci & dotis comprehendit etiam pecuniam, l. pen § fin ff de pign. l. idemque §. fin. ff qui potior Neguſ. 1. membr. 2. part. num 11 & 4 membr. 2 part num. 166. Peregrin de iur. fisc. libr. 6. tit. 6. nu. 5. Quod si est bona fide consumpta, vindicari potest, actione personali, si debitor est non soluendo l. vlt. §. fin vero hæredes. C. de iur. delib. l. defferre §. fin ff. de iur. fisc. Gutierr practic libr. 3. cap. 10. num 1. Couar practic cap. 29. Menoch conf 25 num. 4. libr. 1. Surdus conf 4. num. 26.

Transit enim pecunia cum sua causa, & dicitur hypothecata in genere, quo casu nunquam potest censeri consumpta, argum. l incendium. C si cert. petat. explicat eleganter Barbosa in l. 1. 6. part. numer. 20. verum nec hæc consideratio potest habere locum in nostro casu, quia in priori obligatione, aderat hypotheca generalis, etiam futurorum, pro locationis mercede quæ fieri potest & succedunt quæ Doctores in l. 2. C. de pignor. facit l in solutum. C. de actio. vbi Donel. in Codicem fol 115. Surdus conf 495. num 9. vnde tacita hypotheca vxoris non potest præferri anteriori expressæ, vt per Gutierr. dict. num. 8. & alios supra citatos.

7 Circa secundum dubium ex prioris resolutione patet addictionem nullo modo retractari posse cum addictio facta fuerit in bonis debitoris, ex Ordinat. libr 3. titul. 91. § 1. etiam si impediens ius reale prætenderet, quia licet in obligatione dotis, realis obligatio considerari posset, ratione hypothecæ quę ad tertios possessores transit, Ordinat lib 4 titul. 3. Valasc quæst. 32. num. 15. Barbos 2 part rubr nu. 16. Gama decis. 21. num. 5 Pinel. in auth. nisi num 48 tamen in hoc casu hæc omnia defficiunt, supposita priori obligatione generali, cum hypotheca, maxime quando constat vxori non fuisse bona aliqua in dotem asignata, sed quantitatem. quæ actio personalis, priuilegiata non sufficit, vt addictio retractetur priori creditori facta, habenti generalem bonorum hypothecam expressam.

8 Atque ex his fundamentis discessi à dominis qui impedientem pro sua dote præferendam asserebant, & executionem retractandam, & accessi sentientibus impedientem non posse prætendere rerum possessionem, ratione suæ dotis, cum quantitas tantũ in dotem fuisset asignata, ab illis tamen discessi dum existimant vt integra dos persoluatur impedienti, ex bonis

bonis in additionem susceptis, quasi cum illo onere transijssent, quia ex supradictis patet nullam actionem habere vxorem contra priorem creditorem, vt illi præferatur, nec perfecta additione contrarium patitur Ord. dict §.1. verum ex collatione deliberationum euictum fuit, vt manente additione dos persoluatur impedienti, sicque sententia scripta fuit. Scriba Georgio Fernandez.

SVMMARIA.

1 *Contractus innitiũ summit in ea persona cũ qua gestus est.*
An procurator emens nomine alterius pariter obligatus maneat.ibi.
2 *Procurator se & dominum obligat mero iure.*
3 *Interpretatur tex.in l.si pupilli.§.1.ff.negot.gest.*
4 *Procurator duobus modis contrahit, vel præcedente mandato ad contrahendum, vel sub nomine officij.*
Procurator vel simpliciter contrahit, vel se specialiter pro domino adstringit.ibi.
5 *L.fin.C.de institoria actione.*
6 *Interpretata d.l.si pupilli.§.1.*
Contractus mutui ibi non censetur innitium sumpsisse in persona procuratoris.ibi.
7 *Quando procurator ex officio contrahit quomodo teneatur.*
Durante officio licet creditori vel dominum vel institorem conuenire.ibi.
8 *Institore condemnato non fit executio in eius bonis.*
9 *Si contractus est ex vtraque parte obligatorius etiam institor finito officio conuenitur.*
Explicata l.1.C.de sentent.ibi.
10 *Nulla actio iudicati datur aduerversus procuratorem.*
Exploditur sententia Bartoli sentientis indigere procuratorem exceptione.ibi.
11 *Impugnatur distinctio Ias. inter procuratorem ad iuditia & contractus.*

DECISIO XXXX.

An procurator qui nomine domini merces accepit conueniri possit pro pretio ipsarum principali non vocato.

1 Vm Luppus Cardoso, ex mandato D. Ludouici de Noronha plurima ad apparatũ nuptiarum, ipsius emisset, in hac ciuitate de auratos enses, cum balteis auro & acu pictis,& cum subicibus ephyppiarijs pariter deauratis, alijsque equorum ornamentis, ipse Luppus chyrographum præstitit,quo se obligauit soluturum, ex pecunia d. D.Ludouici, quam in posterum erat receptus, elapsis pluribus annis, non soluto pretio, Emanuel Gomes contra d procuratorem litẽm mouit,vt emptarum rerum pretium sibi exolueret, &agentis ius eo videtur inniti, quia procurator emens nomine alterius, pariter obligatus remanet, quia contractus innitium summit ab ea persona, cum qua gestus est, l quæcunque gerimus ff de actio. & obligat probat Bart in l stipulatio ista § si stipuler.nu. 2.ff.de verbor oblig Panor in c.quærellam n.10 de electione, & in c.suscitata nu 4. de in integrum rest. & ante eum Theophil. in § fin. instit. de his per quos agere possumus,deinde facit l.1.C.de sententijs & interlocutio, vbi sententia ferri debet contra procuratorem, ibi, *non procuratorem, sed ipsam dominam litis condemnauit cuius persona in iudicio non fuit* l solutum ff de pign. action §.per liberam, vbi procurator sibi hypothecariam acquirit,& nõ domino, ibi, *adeò vt nec per procuratorem plerunque vel tutorem acquiratur*

2 Atque ita ipse tenetur pignoratitia actione quia in ea persona consistit obligatio receptũ dicit Socin. cõs. 154.nu 12.libr.2. Paris.cons 78.nu.44. lib 1 facit l si procurator 28.ff.de procurator,ibi, *Si procurator meus iudicatum solui satis acceperit mihi ex stipulatu actio vtilis est*; supponens directam in persona procuratoris consistere.

Atque his fortasse iuribus Præses contra procuratorem sententiam protulis eum condemnans, quam confirmabat D. Petrus Aluarez Sanches, & in doctissimis patrum deliberationibus sequentia nótabantur.

3 Quod procurator contrahens procuratorio nomine, & contemplatione domini se & dominum obligat, mero iure, ex l 1.C de sent & interlocutio, vbi contra procuratorem datur actio, & sententia profertur, sicut & ipsa iudicari actio competit d l si procurator,quia cum actus summæ innitium à persona procuratoris, & ipsius consensu perficiatur, l si mandassem 15.ff mandati, ideò mero iure obligatur, ita Paulus in l si pupilli.§.1. ff de negot. gest.

Obstat tamen fortiter tex. in l.fin. ff. de institor, vbi finito officio qui institorio nomine contraxit non tenetur,ibi, *nec æquitatem conueniendi eum superesse*. Vbi institor cauit. & promisit,& contraxit, nec verba solũ emisit, quæ inducere possent, probationem debiti, non verò obligationem prout Bart. Bald Fulgos. & Paulus in illo textu explicant agnoscentes quod si promisisset efficaciter obligaretur, ex l.1 § est autem ff.exercit, l eum qui ff. de institor, quia vltra quod verba ibi dantur quæ promisionẽ præseferunt, sufficerent enunciatiua, vt obligationẽ parerent,

parerent, l. quidā vbi Bart. ff. de constit. pecun. aliter respondet Bart. in l. procurator qui ff. de procurator, quod ideo non tenetur, quia nihil ad eum peruenit, quam responsionem improbat Ripa in l. 4. ff. de re iudic. num. 11. Decius in l. si institorem. ff. si cert. petat. num 6.

4 Quare videtur dicendum quod procuratoris contractus duobus modis fieri potest, vel præcedente mandato domini, simpliciter ad contrahendum vel vendendum, vel sub ratione officij vel administrationis, cui procurator præponitur. Primo casu contrahens obligatur mero iure, quia in eius persona contractus summit innitium, l. seruum Titij ff. mandati, ibi, *Et puto Titium quamuis quasi procurator vendid. ßet obstrictum emptori esse*, l. vindicantem ff. de euictio l. procurator qui 67 ff. de procurat. ibi, *procurator qui pro euictione prædiorum fidem suam adstrinxit, etsi negotia gerere desierit, obligationis tamen onere, prætoris auxilio non leuabitur, nam procurator qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat.* Vnde vel procurator simpliciter contrahit, vel specialiter, se pro domino obstringit, primo casu, licet teneatur, & conueniri posßit, non tamen potest in eius bonis fieri executio, pro alieno debito, quia prius exequendus est ille, ad quem vtilitas spectat, l. vnde quæritur 7. ff commodati, ibi, *Et paratus sit periculo suo conuenire alterum qui furti agendo lucrum sentit ex re commodata debere eum audiri & absolui.* Bart. receptus in l 3. § fin. C. de duob. reis num. 15. & facit tex. in d. l. fin. de institor.

5 Dubitat namq; an contra institorem detur actio, casu quo dominus sine hærede decedat, qui conueniri posßit, supponens quod si ille viueret, vel cum hærede decederet, nulla erat dubitatio, quod dominus ad quem peruenit vtilitas, debebat conueniri, facit l. eum qui ff de institor, vbi ait dominum teneri vtili actione, licet procurator soluendo sit, in quo significat dominum imprimis teneri, procuratorem in subsidium, nam quando duo conueniri possunt, ex eadem causa, potest alter exceptione opposita obtinere, vt prius ille ad quem vtilitas rei peruenit excutiatur, l. 1 § est autem ff. de exercitoria actione. Quod tamen secus erit, quando procurator specialiter se pro domino obstringat, quia tunc conueniri, & exequi potest, sicq; accipiendus est tex. in d. l procurator qui ff. de procurator. & quæ Angel in l. 4 ff. de re iudic num. 4 & in l. eadem in fine. ff. de duob. reis, Iaſ. in dict. l 4. num. 2. Socin cons. 154. lib 2. nu 13.

6 Nec obstabit l si pupilli §. 1. ff. de negot. gest. vbi nullam actionem dandam contra procuratorem asserit, qui mutuum absentis nomine accepit, nam ille tex procedit in contractu mutui, gesto cum procuratore, sola cōtemplatione domini, sine vllo procuratoris respectu, arg l ei qui § fin C. quod cum eo, sicque censetur contractū nō sumpsisse innitium in persona procuratoris, sed in persona absentis, attenta intentione mutuantis, vnde procurator ibi magis tanquam minister intercesßit, pro recipienda pecunia, domino mutuata, quam vt contrahens, & succedit. l. si ex contractu C. quod cum eo, l. fin. ff. quod iussu, l 2. C. de proxonetis, explicat Ripa in d. l. 4 ff. de re iudic nu. 11. Quod efficaciter probatur in §. seq. eiusdem l. si pupilli incipit si quis, vbi continuando §. præcedentis quæstionem de eo qui tanquam minister accesserat, decidit, quod cōtra talem de quo in §. 1. egerat datur actio negot. gest.

7 Quando autem sub ratione officij vel administrationis, procurator constitutus est, veluti quando exercitor, vel dominus, naui magistrum, vel negotiationi institorē præposuerunt,

licet summa iuris ratione videretur, eos non teneri, quia ex contractu alieno & ex alterius persona non poterant conueniri, quia obligationem cũ alio contractam, aperta voluntate, in se nõ susceperunt; tamen quia ille qui magistrum, aut institorem præponit, eo animo id facere videtur, quod omnia ab ipsis gesta, ipse præstabit, ne illi, cum quibus contrahit, decipiantur. quia æquitas suggerebat, vt eorum facta agnosceret, oportuit aduersus eum ex contractu aliorum, alio iure actionem introduci, quam ciuili, & sic introducta est edicto prætoris, l. 1. §. cuius ff de exercitor l. 7. ff. de institor, §. eadem instit quod cum eo; nec voluntas tacita, qua dominus institorem præponit, sufficeret ad eum obligandũ cum & expressa inefficax esset, nam etsi procuratorem constituo, vt meo nomine fundum emat, non idcirco teneor illi; cum quo contraxit, nam etiamsi maxime vellem teneri, ex cõtractu alterius non possem, quamuis meo nomine gesto, & licet id aperte dicerem, non tamen valebit hæc voluntas, attento iure, vt extraneo obstrictus sim, cum quo non contraxi, quare vltra d æquitatem, operatur in hoc etiam publica vtilitas, & necessitas quæ suasit vt hoc reciperetur. l. 1. §. magistrum autem ff. exercitor. Donellus de iure ciuili lib. 15. cap. 48. fol. 580 num. 40.

Vnde fit quod licet verum sit, quod institor qui contractũ gessit, ex vtraq; parte obligatorium, mero iure teneatur, illi cum quo contraxit, veluti si pecuniam recepit, ex Angel. in d l 4. nu 4. Ias. 2. Iacob in l. hæres absens §. apud labeonem ff de iudic. n 2. Zazi. in d l 4. num. 211. licet repugnet Ripa nu 12. tamen hoc ita accipiendum est, vt durante officio, in electione creditoris sit ipsum, vel dominum conuenire, arg l. 1. §. est autẽ ff de exercitor, ibi, *exercitorẽ an magistrũ cõuenire velimus.*

8 Ipso vero condemnato non possit fieri executio nisi in bonis domini, ad quem peruenit vtilitas, arg. eorum quæ in procuratore supradixi, facit l. eum qui ff. de institor, vbi ait dominũ vtili teneri, quia vtilis contra dominũ semper præferenda est. l. in causæ 27. § fin. ff de procurator. Finito autem officio adhuc conueniri poterit quando apud eum reperiantur, bona administrationis, in quibus etiam peti potest executio, quando contractus fuit ex vtraque parte obligatorius, vel pecuniam recepit quod aperte insinuat d l fin ff de institor, dum dubitans an institor conueniri posset, finita administratione, respondet, quod non, quia ipse non gesserat contractum, vtraque parte obligatorium, sed ex præcedenti obligatione, promiserat soluere, illud quod mensa ipsa debebat, atque ideo decidit, quod cum ille actus fuisset ex parte sua tantum obligatorius, ipse non teneatur soluere.

9 Si vero contractus sit vtrinq; obligatorius, etiam finita administrane conuenietur, non tamen in eius bonis fiet executio, vt supradixi nisi ipse specialiter se obligauerit, l. si procurator 28 ff de procur. & tunc quod soluerit à domino repetet, per actionem negotiorum gestorum, Paulus in d. l. plautius in fin. vel si sit procurator in rem suam vt in d l. 4. Nec obstabunt tex in d l. 1. C. de sententijs & interlocutio. quia explosa sententia Ias in d. l. 4. & gloss. 2. ibi quam extollit Boer. decis. 173 nu. 5 Zazi. ibi 22. dum sentiunt quod ex sententia condemnatoria, oritur actio directa iudicati, aduersus procuratorem condemnatum, vtilis vero aduersus dominum, cuius nomine procurator fuit condemnatus, quia speciale est in iuditijs, vt pro omnibus ibi gestis, quæratur vtilis actio domino sine cessione, & aduersus eum vtilis etiam competat ipso iure. l. in causæ 27. §. fin. cum l. seq ff. de pro-

de procurator. l. in omnibus.51. ff. de prætor stipul. sequuntur Bart in l hoc iure num.4 ff de solutio, Paulus in l. Plautius n 4 ff.de procurator, Afflict. decis 64 nu 3. Cui tamen intellectui obstat.l.4 ff de re iudic.vbi actio iudicati non datur contra procuratorem, sed aduersus dominũ, idem probat d. l.Plautius 61. ff de procurator,ibi, *aut obtulisset se cum sciret cautum non esse.*

10 Quibus verbis sentit, vnam tantum actionem dari ex sententia,& non duas,& eam non aduersus procuratorem competere, quare verius est, nullam iudicati actionem dari,aduersus procuratorem vt in eius bonis fiat executio, sed aduersus dominũ, Boer. decis.273 nũ 5. Socin d cons.154 n 4. lib.2.Decius cons 510. n 4. vnde fit vt sententia lata contra procuratorem, censeatur prolata procuratorio nomine,& contemplatione domini, l quacunque ratione 50 ff de procurator,& quando quis condemnatur nomine procuratorio,finito officio, non tenetur,d l.fin de institor actione & verba executiua debent referri,ad personam domini,licet verba condemnatoria,ad procuratorem referantur,l.2 ff.de administr tutor. vnde fit quod si contra procuratorem condemnatum petatur executio,non sit opus exceptione sed iudex ex officio repellere possit agentem, ex Bart. in l si vnus § pactus ne peteret ff de pact. nu 20 & in l. lecta. nu.21 ff si cert petat. nec aliud probat l.si procurator 28 ff de procurator,vbi videtur requirere exceptionem,vt repellatur procurator, agens actione iudicati, vt sic dicamus è conuerso ipsum condemnatum mero iure teneri, & indigere exceptione, quia tex. non negat iudicem, illum ex officio repellere posse, vnde cum mero iure hæc actio competat,si neque pars excipiat, nec iudex ex officio repellat, subsistit iudicium & processus, quamuis aliud esset,si ipso iure non competeret actio, Bart in l.2 in princ. num.5. ff.de dotē prælegat,facit l. in causæ 27 §.fin.ff.de procurat. ibi, *actione directa penitus tollenda*, quæ verba non possunt intelligi, vt actio directa tollatur ipso iure.Sicq; explodenda est sententia Bartol in d.l. hoc iure,num 4. ff solutio,vbi semper requirit vt exceptio opponatur à procuratore, si contra eum petatur executio, quia cum ex sententia constet executionem, esse faciendam in dominum,iudex ex officio agentem repellet, quasi sine actione experiatur, sicque d l 1. dum admittit procuratorem condemnari posse,ita debet accipi ne cum effectu fiat executio in bonis ipsius.

11 Vnde non videtur secura traditio Iasin d l 4.nu.1. ff de re iud. dum differentiam constituit,inter procuratorem ad iudicia, & ad contractus, vt in iudicijs non detur actio in procuratorem,& tamen detur in contractibus,d l.4.l seruum Titij ff.mandati,in idem gloss.2. in l. procurator qui pro euictione 67 ff de procurator, & glos. fin in l.fin ff si quis cautio, gl.2.verbo obtulit ff administ tutor. quia si pares dentur termini, vtroque casu, eadem videtur ratio assignanda nam etiã in iudicijs procurator obligatur, & aduersus eum poterit dari actio directa iudicati, veluti quando se liti obtulit vt in d l 4. l.1. C. quando ex facto tutoris d l Plautius 61.ff.de procurator, Imol & Alex.n.11 in d l.4. §.si ex conuẽtione,vbi Ripa n.10 Zaz 12. Afflict. decis 64 n 3 sicque fit in contractibus, ex vtraq; parte obligatorijs, d.l seruũ Titij; si vero ex vna tantũ parte,executio in procuratorem non fit qui procuratorio nomine cõtraxit,d l fin. ff de institor. quare in eo est differentia, quod in iudicijs ex officio potest iudex repellere petentem executionẽ, aduersus procuratorẽ, quod secus erit si petatur aduersus procuratorem cõtractus, nam cum in ipsius persona

initium sumpserit obligatio, & multi sint casus, in quibus procurator teneri posit, vt supra tetigimus, oportet vt ipse excipiat, & ostendat cōtra ipsum executionem peti non posse, iuxta Bart in l. si vnus. §. pactus ne peteret nu.20.ff de pact. atque ex his reliquæ difficultatis supra adductæ dilluuntur.

Ex quibus principijs, cum in præsenti casu ex chyrographo constitisset, Reo fuisse merces, & res de quibus agitur traditas contemplatione D. Ludouici vt ipse eas trāsmitteret, nulla aduersus eum actio supererat, cum tanquam minister intercesisset, quo casu non cum ipso, sed cum domino absente contrahitur, cum contractus non fuerit vltrocitroque obligatorius vt supradixi ex dict.l.si pupilli.§.1.cum ipse se Actori nō obligauerit & obstrinxerit.

SVMMARIA.

1  *Pater an filios naturales alere teneatur.*
Donatio in persona filij naturalis nō consistit perpetuo.ibi.
Proprietas nunquam censetur donata filio, nisi quando non sufficit in redditibus.
2 *Donatio in pecunia facta filio ipsi plene acquiritur an in persona nepotis saltem donatio consistat.*
An habeat locum præscriptio in rebus donatis pro alimentis.ibi.

DECISIO XXXX.

An donatio facta à clerico filiæ spuriæ, & nepotibus ex ea valere posit etiam quoad rerum donatarum proprietatem, ad Ord.lib.4.tit.93.

 Qvidam clericus filiæ spuriæ donauit omnia bona sua, perpetuo, cū onere duarum missarum, eo addito, vt ipsa post se ex descendentibus vnum eligeret, ad quem successio transiret, Ioannes do Carualhal frater defuncti clerici. agebat contra Antonium de Matos, & alios ad quos ex matris electione bona illo onere reali affecta deuenerunt, eo fundamento, quod donatio fieri non poterat, filiæ spuriæ nisi sub alimentorum ratione, vnde ipsius morte extinguebatur, & euanescebat ita vt bona deberent, ad hæredes defuncti reuerti, Prætor Curialis in Reorum fauorem sententiam protulit, quam cōfirmandam censuimus. quod dos spuriæ filiæ data sustinetur sub alimentorum obligatione, qua parentes etiam spurios filios alere tenētur, ex canonica æquitate, de qua in cap cum haberet de eo qui

qui duxit, quæ tamen donatio illud habet peculiare, vt in persona filij perpetuo non consistat, sed ad ipsius filij vitam restringenda sit, ex Bald. in l. eam quam C de fideicommiss. nu.40. Gabril lib 1.cōmun. titul. de aliment. conclus 1. à num.28. Corduba in l. si quis à liberis §. idem rescripsit nu.30. ff. de liber agnosc. Menoch. cōs. 60 nu. 29 lib.1.& de arbitrar. cas. 169. lib. 2. nu 10. Surdus de alimen. tit. 5. quæst. 7. num.3 licet Berous cons. 165. lib. 2. num 23. sentiat, quod dos non reddit ad Patrem quem tamen explicat Surdus, ibi num.8 & elegantius Barbos in l.1.4 part num 71 ad fin. vers. contrariam tamen, & fuit Paleoti. de nothis cap. 51. ad fin.

Vnde Beroi. opinio tunc admitti potest, quando res quæ datur pro alimentis est immobilis, nec sufficit, vt ex illius redditibus alimēta suscipiantur, l 4 in fin ff. de aliment. & cibar. Couar de sponsalib. 2 part. c. 8. § 6. nu. 15. Barbos. vbi sup n.72 vel si alimenta in pecunia data sint, quæ in ipsis alimentis absumatur. ex Pallatio in cap. per vestras § 24 n 8 fol. 22. quia licet proprietas rei attento iure in legato alimentorum contineatur, ex d. l. 4. si tamen redditus sufficiunt nunquam censetur data proprietas. Bald. d l eam quam C de fidei. num. 41. Surdus tit. 2. q. 1. nu. 36. & titul. 5. quæst. 7 num. 20. & patri eiusque hæredibus defuncto filio restituenda est Barbosa vbi supra.

2 Quare dubitari potest an saltem in nepotis persona, valeat donatio, quoad rei proprietatem, quæ filio acquiri non potest, & videtur quod sic, ex l. fin. C. de natural. liber, & ex Batt. in l. fin num. 7. ff de his quibus vt indig. Capi decis. 181. num. 4. Paleotus d. c 51. num. 6. Peregri. de iur fisci. lib. 3 num. 81. adeo vt in dubio pro nepotibus censeatur relictum Surdus. d q. 7. num 29.

Ex his cum in præsenti donatio sit concepta per illa verba perpetuo, vt apud dotatam filiam, & eius successores perpetuo maneant bona, vtique negandum non est etiam nepotes, sub donationis verbis comprehensos fuisse illisque potuisse acquiri, proprietatem rerum in donatione expressarum, quæ mortua filia patri vel hæredibus erant restituenda, & licet Rei etiam de præscribendis rebus donatis agerent, quæ præscriptio in hoc casu obtinet, ex Batt. cons. 119. Alex cons. 74. vol 3. Balb 4 part. 4. princip num. 72. quam præscriptionem ad duos menses restringit Caueta cons. 166. num. 13 argumen. l. 1. C. de natural. liber. quæ tamen procedit in casu speciali, ideo sine titulo 30. annorū spatio indiget, quod elapsum non erat, quia non debuit computari tempus, quo vixit filia dotata, l vnica C. de annali exceptione, quia durabat idem impedimentum, ex Balb. 1. part. 6. princip. num. 17. Gregor. in l. 7. titul. 6 part. 6. Gama decis. 93. num fin nec opus erat recurrere ad præscriptionem quia extabat titulus.

Atque ex his sequentibus dominis placuit vt sententia meritissimi Prætoris confirmaretur. Scriba Chaues.



SVMMARIA.

1 *Mora non incurritur si creditor debitum integrum petit non offerendo compensationem partis iam receptæ.*

2 *Respectu residui mora contrahitur.*

Explicata l. si residuum. Cod. de distract. pignor. ibi.

3 *Mora non contrahitur si summa illiquida est.*

Plus petens in stellionatum incidit ibi.

Nulla oblatio hoc casu requiritur. ibi.

4 *Qui libertatem petit non sufficit vt offerrat nisi vere soluat.*

DECISIO XXXXII.

An debitor constituatur in mora qui debitum non liquidum non consignauit vel obtulit, ad Ord. lib. 4. tit. 39.

AGebat Emanuel da Veiga contra Emanuelẽ Gomez d'Eluas, ad magnũ interesse pecuniæ, debito & statuto tempore non solutæ, & casus erat, quia cum d. Emanuel da Veiga ab altero Emanuele emeret 300 mille nummos, in redditibus annuis vulgo de iuro, in implemento contractus cum orirentur dubia, tandem distraxerunt inter se, & composuerunt, vt prætium redderetur emptori; ad cuius solutionem venditor destinauit ad suos institores, vt satisfacerent, quos emptor acceptauit, & recepta iam parte aliqua prætij proposuit actionem petens integrum prætium ac si nihil omnino illi solutum esset, & tandẽ obtinuit quod cõpensaret quatuor mille aureos iam à manu institorũ receptos, lata hac sententia nouam litem instituit super interesse prætij nõ soluti, ratione lucri cessantis, allegata debitoris mora quam contraxerat non soluendo residuum, nec obsignando pecuniam; Prætor Curialis Reum absoluit, in senatu placuit confirmandam, ex sequentibus, quod licet actor possit petere interesse prætij non redditi per actionem, non obstante prima sententia & decisione l. 4. C depositi, quia procedit in interesse ex iudicis officio, non vero in illo quod ex contractu nascitur, quia super hoc nouo iudicio agi potest, vt per gloss. in illo tex. verbo vsurarũ, Valasc. cons. 107. n. 13. Rota Genuens. decis. 61. Gama decis. 191. Menoch. libr. 3. præsumptio 113. Barbosa 1. part. l. 1. n. 48 ad fin. Surdus decis. 69. tamẽ incidimus in dubitationem, an mora in cursa sit, supposito quod interesse petitur prætij non redditi, & videtur quod non, quia constabat Actorem partem recepisse, & non offerebat compensationem, vnde succedit quod mora non contrahitur in debito non liquido, l. statu liber. 5 ff de statu liber gloss. 2 in l. obsignatione. C. de solutio, gloss. 2. in l. acceptam. C. de vsur quia non potest videri

videri in mora, qui ignorat quantum debeat, l non poteſt ff. de reg. iur. Alex.conſ.42.n.3.lib 2. Ruynus conſ. 64 n.15.lib 1. late Barboſa in l ſi mora ff ſol.matrim à n.63. nec imputari poteſt ei, qui recurrit ad iudicẽ, ex iuſta cauſa, l.ſi quis ſoluendo.ff.de vſur. ibi, *non videtur feciſſe moram, ſi iuſte ad iudiciũ prouocauit.* l qui ſine ff.de reg iur.

2 Nec obſtat quod ſaltem reſpectu reſidui.datur mora, l.ſi reſiduum. C.de diſtract. pignor. vnde hoc caſu debet fieri ſaltem oblatio verbalis, reſidui,& pro eo quod liquidabitur dandi ſunt fideiuſſores. notat ex Cepola cautela 27.& alijs Barboſa vbi ſupra num.64. quia verius videtur eo caſu in quo actor non offert compenſationem recepti, nullam oblationem requiri, ex ſententia Gratiani lib.1.c.42.à nu.42. apud quem videri poteſt. Nec aliud euincit d l. ſi reſiduum, & l ſeruus §. fin ff.de ſtatu liber, quia loquuntur in eo caſu in quo debitor ſuum creditorem conuenit,& puto, non eſſe è conuerſo idem ius, nam quando creditor pulſat debitorẽ pro ſumma illiquida, & quando iam partem receperat, dolo ſe agit, nec ſperatur pro futura verbalis oblatio reſidui. & ſic manet otioſa, vt põderat Gratianus Inſuper addo, quod dum Actor integrũ prætium petit, cũ partem apud ſe habeat, plus petit,& in ſtellionatum incidit, ex Bart. in l ſi fideiuſſor § in omnibus.ff mandati, Iaſ in § ſi quis agens inſtit. de actio nu.5. Cuia lib 2. obſeru. cap. 21. niſi detur magna iuſti erroris cauſa, quia in facto proprio error nõ præſumitur, l quanquam, vbi gloſſ.ff.ad Vellean. Vnde ex lege Regia lib.3.tit.36 pæna dupli punitur, qui petit quod apud ſe iam habet, ſi ergo cogimus reum offerre reſiduum, pariter cogimus vt ab hac pæna diſcedat, quam ipſe iuſte exigere poteſt, & maiori compenſatione debitum minuere, quare nullam oblationem neceſſariam hoc caſu eſſe exiſtimo. Ad l.autẽ ſi reſiduum,& l.ſeruus, reſpondetur quod agunt è conuerſo, quando debitor pulſat ſuum creditorem, vt ſibi libertatem præſtet, vel ne pignus diſtrahat, quo caſu ex parte debitoris, requiritur vera ſolutio debiti, quia etiam ſi debitor, creditori partem ſoluiſſet, adhuc pro reſiduo pignus vendi poteſt, vt ex prætio creditor ſibi ſatisfaciat.

4 Cum ergo eo caſu debitor, velit impedire, pignoris diſtractionem, non aliter hoc efficere poteſt, quam ſi vere ſoluat, vt impleat legem contractus, ſic pariter qui libertatem petit, non ſufficit vt offerat, niſi vere ſoluat, & quamlibet oblationem etiã realem creditor poteſt recuſare, ſi vera ſolutio non detur, nec ex eo dicetur in mora recipiendi, vt conditio habeatur pro impleta, l qui decem 72.ff.de ſolutio, notat ibi Paul. Roland conſ 53 nu.38. lib 1.Menoch.conſ.293.n.10 quia cum ſtatu liber prætendat, acquirere actionem, ſi conditio habeatur pro impleta, non ſufficit etiam oblatio realis, ſed requiritur depoſitio, & conſignatio, notat Bart in l. ſi à te C de pact. inter emptor, pluribus exornat Barboſ. in d.l ſi mora à num.67. quod tamen ſecus eſt quando creditor agit contra debitorem, qui non prætendit nouum ius, ſed liberationem, & iuſte recuſat ſoluere illud quod petitur, licet partem debeat, ſicut alias interpellatus, pro maiori ſumma quam ipſe debeat, totum negare poteſt, de quo Couar. variar.lib 1. cap 2. à nu 5. adeò vt nec periurium incurrat. ſi neget,& veram opinionem eſſe teſtatur Specul. in titul depoſitionibus § 5 verſ. ſecundo vero & communem dicit Imola in c. dilecti de maiorit. & obedient & in cap. 1. de plus peti. vbi Abbas dixit ſeruari in praxi. Ex quibus placuit ſententiam confirmandam.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Concessa reuisione non est dubitandum an bene concessa fuerit.*

2 *Reuisio ab interlocutoria concedi nequit.*

Incompetentia duobus modis obijci potest. ibi.

3 *In incompetentia requiritur supplicatio.*

4 *Iudex omnino incompetens etsi se competentem pronuntiet non praeiudicat parti.*

5 *Oppositioni an sit locus in saeculari quando clericus ibi conuenitur ex vi commissa.*

6 *Fundamenta affirmitiuae.*

7 *Oppositori sufficit inuenire duos litigantes vt se opponere possit.*

8 *Ad fundandam iurisdictionem citantis sufficit vt qualitas exprimatur in libello quae illam fundet de iure.*

9 *Contraria opinio quod hoc casu nullus oppositioni locus sit.*

Clericus hoc casu ad iuditium saeculare trahitur ex concordia. ibi.

10 *Oppositioni non est locus quando clericus trahitur ad saeculare ratione concordiae.*

Explicatur Valasc. cons. 162. ibi.

11 *In foro priuilegij non est locus oppositioni contra eum qui inuitus trahitur.*

DECISIO XXXXIII.

An clericus ad iudicium coronae Regiae citatus ratione capellae vacantis teneatur ibi respondere oppositioni tertij oppositoris qui vtrumque excludere intendit tam Regem quam possessorem, ad Ord. lib. 2. tit. 18. & lib. 3. tit. 20. §. 31.

INstituit Dominicus Pirez Clericus capellas de bonis suis, in Ecclesia maiori de Torres Vedras, in quibus duos administratores delegit, alterum de eius familia laicũ, & alterũ clericũ eiusdem ecclesiae, qui sacris peragendis assisteret.

Et quia dicti administratores, se negligenter gesserunt, in peragendis his quae administrationem attingebant, quidam Saluator Vaz à Summo Pontifice impetrauit, vt reuocaret dictam admi-

administrationem, illamque sibi & suis successoribus concederet annuit Pontifex, iudicique delegato in partibus causam priuationis commisit, qui sententiam in fauorem impetrantis protulit. In hoc statu á Romano Pontifice, alter clericus Gondizalus Domingues dict. administrationem impetrauit, qui cum obiret in eius locum se subrogauit, quidam Balthesar Leite, contra quem idem Saluator Vaz, sententiam reportauit, & tandem citatus ad Curiam, in Rota vltima pro eo sententia lata fuit, ratione cuius possessionem dict administrationis apprehendit, & cum moreretur filiam post se nominauit. Vacanteque per eius obitum administratione, Ordinarius Philippum Iacome Canonicũ, dict administrationi præposuit, iuxta testamenti antiqui tenorem. Quem sic possessionem ingredientem, procurator Regiæ coronæ citauit, coram iudice Regio eo prætextu, quod dict. capella vacabat sine successore legitimo, atque ex eo tanquam vacans ad Regiam coronam spectabat, iuxta Ordinationem lib. 2. titul. 26. § 17.

Pendente hac lite, filia ab vltimo possessore electa & nominata, quæ dicebatur Beatrix Pegada, se liti opposuit, iuxta formam Ordinat. lib 3. titul. 20. § 31. vt vtrunque litigantem excluderet, dictus Philippus reus exceptionem incompetentiæ obtulit, quæ reiecta fuit, & in causa ad vlteriora processum est, & tandem sententia lata est in fauorem Rei, respectu Regis, à cuius petitione absolutus est; & quia super oppositione, In separato processu lis agebatur, vt administrationem dimitteret, & capellam opponenti; petijt ab hac sententia (quam etiam impediuit) reuisionem, & illi concessa fuit, per doctissimos viros D. Hieronymum Pimenta, & Petrum Aluarez Sanches, renuente sapientissimo D. Francisco de Brito & Meneses ex ea ratione quia reuisio petebatur à non recepta exceptione in competentiæ iuditij, quæ de iure Regio est mera interlocutoria, à qua supplicatur ad senatum ex Ordinat. libr. 3. titul. 20. § 9. & lib 1 titul. 6. § 9 & ab interlocutoria reuisioni locus nõ est, ex Ordinat lib. 3. titul 95. § 12. & titul. do regimento do Paço § 34.

1 Cuius reuisionis cũ inter alios ego iudex extitissem, sequentia dicebam quod post concessam reuisionem à Principe non erat disputandum an posset concedi, sed demeritis ipsius agendum. argum. eorum quę in simili adducit Cabedo decis 46. circa appellationem, an sit casus illius vel recipienda. postquam enim per decretum senatus sancitum fuit, appellationem recipiendam fore, delata causa ad senatum, non licet iudicibus qui de appellatione cognoscunt, controuertere, an sit de appellatione cognoscendum, vel non; maxime quia in hoc casu, extra dubium videtur, reuisionem potuisse & debuisse concedi.

2 Nec obstabit, quod reuisio concessa fuit, super exceptione incompetentiæ, quæ reiecta fuit, à qua cum sit interlocutoria reuisio cõcedi nequit; quia satisfit quod incompetentiæ exceptio, duobus modis considerari potest, primo dum non negatur competentia iurisdictionis, seu fori in communi sed iuditij, veluti quia non negatur causam esse fori, & iurisdictionis sæcularis, sed non esse coram tali iudice tractandam, vel ratione priuilegij rei, vel personæ, vel litis pendentiæ, coram alio iudice vel ex similibus causis; secundo dum in competentia opponitur, non ratione illius causæ, vel personæ, & priuilegij ipsius speciali, sed ex deffectu iurisdictionis omnimodæ, quia scilicet causa ad iudicem certum priuatiue spectat, vel ad aliam iurisdictionem, cuius est incapax, qui cognoscit, qualis est omnis causa

causa clerici respectu iudicis sæcularis, cap. 2. de foro comp. cap. clerici de iudic. cum vulgaribus. Primo casu incompetentia, respicit ius partis, contra quod si sententia feratur, indiget pro vocatione, quia ex autoritate legis transibit in rem iudicatam, Ordinat. libr. 3. titul. 75. §. 2. quæ res iudicata pro veritate habetur Afflict. d. decis. 354. num. 14. in fin. Castro conf. 258. numer. 3. libr. 1. & conf 124. libr. 2. Secundo casu publicum ius respicit talis incompetentia, quod à partibus remitti nequit, cum principaliter ordinem respiciat, deinde singulos de communitate, quorum pactionibus iuri publico derogari non potest, cap. si diligenti de foro competent. l. ius publicum. ff. de pact.

3 Deinde primo casu requiritur, vt à sententia super incompetentia iuditij supplicetur per instrumētum, iuxta d Ordinat titul. 20. § 9. vel in processu quando causa agitetur in senatu, inferiori seruata forma Ord. lib. 3. tit. 20. § fin. & libr. 1. titul. 16. § 1. quia partes in iudicem non suum consentire possunt illiusque prorogare iurisdictionem. l. si per errorem. ff. de iurisd. omni iud. l. si conuenerit eod. titul. Doctores in cap. de causis, & in cap. P. & G. de offic. delegat. succedit doctrina Bartoli in l. præscriptione. C. si contrà ius num 6 quæ habet, quod quando iudex se declarat competentem, illa declaratio illi tribuit iurisdictionem, defendit Ias ibi num. 26. Decius in cap. super literis de rescrip. Vasconcellus diuersorum lib. 1. cap. 5. num 7. quia prætoris est cognoscere an sua iurisdictio. l. si quis ex aliena ff. de iudic. vbi Barbosa infra citandus.

4 In secundo vero casu etiamsi iudex se competentem pronunciet, iurisdictionem non acquirit, in casu sibi prohibito, quia vltra limites suæ iurisdictionis agit, l. vltim ff. de iurisd. omni iudic. l. non dubium. C. de legib. fuit Butrij in cap. 2. de dillatio Curtij Iunioris in l 2 num. 22. ff. si quis in ius vocatus, Decij conf. 18 nu 5 Alex. conf. 82. num 3. libr. 3. Afflictus decis. 354. num 16. nam cum iudex sit incompetens, omnino, seu prohibitus, iuxta cap. significasti de foro compet. illa pronuntiatio qua se competentem asserit, nulla est, ex Decio in cap. si duobus num 12. de appellat. prosequitur Barbosa in l. si quis ex aliena ff. de iudic. num. 102. quia licet iudex, cuius iurisdictio est exceptione elidibilis, possit procedere contra nō comparentem, & valeat eius processus, ex Decio in c. duobus de appell. num 8. Nauarr in c. cum contingat 11. caus. nullitat. sicut iudex inspectus valide procedit, quousque recusetur, Ioann. Andr. in cap. accedens 1. vt lit. non contest. Ordinat. libr 3 titul. 21. § 4. Barbos. in l. si qui ex aliena num. 37. tamen quando iurisdictio nulla datur, vt quia persona est alterius fori, respectu cuius iudex non solum incompetens, sed prohibitus est, vtique talis pronuntiatio qua se iudicat competentem, iurisdictionem illi minime tribuit, Barbosa in d l. si quis ex aliena num. 27.

Vnde cum in præsenti supplicans sit clericus, respectu cuius iudex Regiæ coronæ, se dixit competentem, nec iurisdictionem habeat, fundatam in persona eius, vtique talis pronuntiatio nullum ius tribuit, nec ex ea potuit iurisdictionem acquirere, & à tali nulla pronuntiatione potuit supplicari ad Principem, & reuisio obtineri.

5 Quo supposito accedendo ad merita causæ, non leue est dubium, añ possit tertius se opponere in causa in qua clericus conuenitur in foro sæculari, ex illis casibus in quibus de iure sæculare iudicium est competens, prout est quando clerici conueniuntur pro rebus & bonis fiscalibus, super

quibus

quibus specialis cum clero est innixa concordia, de qua in articul 35. & 40. Romæ oblatis, & ex 2. ex 11. & 9 à qua desumpta fuit Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 17. & 18.

6 Et sine dubio videbatur posse, prout iudicatũ fuit in senatu in hoc casu, cuius rei efficax argumentũ est, quod tertius se opponens liti facit suspendere etiam iudicium possessorium, vt ipse super proprietate audiatur, ex gloss. communiter recepta, in c. in literis de rest. spol. verbo rigorem, vbi Abb. num. 35. Gabriel de rest. spol. conclus. 1. num. 45. quos citat Valasc. cons. 162. nu 4.

7 Cum igitur oppositor iudicio pendente accesserit, nihil mirũ si admittendus sit in causa ordinaria cum etiam in causa spolij foret admittendus, impedita spoliati restitutione: Nec obstabit quod illud iudicium respectu clerici est incompetens, vt supra diximus, quia illa incompetentia versatur respectu actoris, qui vocat ad iudicium clericum indebite, at vero respectu oppositoris nihil aliud requiritur, quam quod lis inter duos pendeat, vt fiat oppositioni locus ex Ordin. d. §. 31. Quia fauore publico & partium, ne litibus vexentur, vel cogantur expectare dubios litium euentus, statim illis indulgetur vt pariter cum causa quæ pendet, oppositionis causa, procedat & terminetur, quod si in separato processu instituatur, tunc victor in principali cum oppositore litiget. Maxime quia Principis procurator recte iudicium instituit, contra reum tanquam possessorem capellæ vacantis, cuius prouisio regis erat, ex Ordin. libr. 1 titul. 62. §. 51. & libr. 2. titul. 26. §. 17. auth de ecclesiast titul §. si quis ædificationem collat 9. l. legata ff de administr. rer Couar. variar. libr. 2. cap. 2. Cabed. decis. 51 2 part. num 3.

8 Nec aliud requiritur, ad fundandam iurisdictionem Regis, contra clericum, quam quod illa qualitas vacationis exprimatur in libello, vt compellatur Regis iudicium subire, virtute dict concordiæ, quæ in ampliori forma quam ipsa lex Regia loquitur, quæ est cõfirmata per Summũ Pontificem Nicolaum IIII per Bullã quæ seruatur in regio archiuio libr. 1. breuium fol 21.

Sufficit enim ad fundandam iurisdictionem iudicis citantis, illam solam qualitatem in libello exprimi, quæ iurisdictionem tribuit, quæ habetur pro vera & probata, donec contrarium in processu constet, ex Tiraq. lib 1. retract. § 8. gloss 5 num. 18. Mysinger centur 2 obser 9 à num 3 Gail libr. 1. practicar. obseru 31. quos citat Barbos in d. l. si quis ex aliena num. 133. contra plures qui tenuerunt iudicem teneri præmittere summariam informationem vt per supradictos, & alios quos citat. idem Barbos. à num. 129. Bobadilla libr. 2. cap. 18 num. 161. vnde cum iudicium recte fundatum sit nihil impedit vt in eo sit oppositioni locus.

9 Verum mihi aliud visum fuit quod in hoc iudicio nullo modo sit locus oppositioni, contra clericum, quando in oppositione ius deducitur non à Rege obtentum nec tale vt eius cognitio priuatiué spectet ad iudiciũ Regiæ coronæ, sed longe diuersum, pro quo reus foret pulsandus coram suo iudice. moueor quia clerici suum habent iudicem priuatiuè ad alios, quos talis priuatio non solum reddit incompetentes, sed inhabiles, & omnino improrogabiles, dict. cap. si diligenti de foro compet. quos à iurisdictione sæculari de iure diuino exemptos prosequitur Soares aduersus Regẽ Angliæ lib. 4 c 8. & sequentibus, & vltra eũ Surd cons 301 n. 56. sed quoad bona patrimonialia melior est opinio de iure humano esse Molin Theol. de Iust. disp. 31 tract. 2. Cou pract c 31. n. 3.

T Vnde

Vnde in hoc regno ex antiquissima concordia, cum clero & Regibus inita, in pluribus causis ad iudicium sæculare, trahi possunt clerici, inter quos est quando pulsantur pro bonis Regiæ coronæ, quia in his iuris humani rigor remittitur, & cessat canonum reseruatio ex pactione, & concordia á Summo Præsule approbata ex 35. art. ex 40 Romæ oblatis contra Regem Dionisium, & alijs.

10 Vnde cum clericus prætextu concordiæ, ad iudicium sæculare trahatur, ex eo quod in libello qualitas exprimitur, qua illud iudicium redditur competens nõ est tale iudicium capax prorogationis, vt oppositioni sit locus, ad quod alludit Ord. Regia lib. 3. tit. 33. §. 5. ibi, *de q̃ o juizo seja capaz.*

11 Quare cum respectu solũ illius casus priuilegiati, iudicium sit institutum, non potest in eo causa oppositionis agitari, nisi sit eiusdem speciei, & eiusdem priuilegij, quia cum iudex non sit capax cognoscendi nisi de articulo priuilegiato, quando super rebus coronæ agitur, non potest se intromittere, circa causam oppositionis, quæ est ordinaria, & tractanda attenta sua natura in foro rei, ex reg. cap. cum sit generale de foro comp. Sicut aliàs, quando clericus ratione violentiæ ad iudicium sæculare trahitur, non potest ibi tertius se opponere, & suspenso possessorio de proprietate agere, nec aliud dicit Valasc. d. consf 162. quia supponit oppositionem fuisse factam coram iudice, quo ad omnes partes competente, ibi enim non ecclesia erat conuenta pro violentia, quia eo casu non posset tertius se opponere, nisi ageret de casu pariter priuilegiato, scilicet violentia intra annum, pro qua ecclesia intra annum trahi posset ad illud idem iudicium, nam ibi ecclesia se opposuit quo casu nullum datur inconueniens, quia ecclesia tenetur sequi forum Rei nisi quando ex violentia vel furto agat, ex Ordinat lib. 2. titul. 1. §. 5 & 6. Barbosa in d. l. si quis ex aliena num. 146. Couar lib. 1. variar. cap. 4. nu 2.

11 Ex quibus cum in præsenti, clericus citatus sit, ad iudicium concordatum, & ex priuilegio limitatum, nulla oppositio est admissibilis, quæ non versetur intra eosdem limites. priuilegij veluti si oppositor ius habeat, tale, quod regium patrimonium tangat, vt illud iudicium fiat competens, iuxta Ordinat. libr. 1. titul. 9. in princip. sicut aliàs videmus quod quando accusatus velit reaccusare suum accusatorem, hoc efficere non potest, nisi quando iudex sit competens respectu vtriusque partis, aliás tenetur illum reaccusare coram suo iudice competenti Bart. in auth. & consequenter C. de sent. & interlocutionibus nu. 7. Panor. nu. 22. in cap. 1. de mutuis petitio Barbos. in l. 2. §. legatis num. 256.

Nec obstat quod clericus agens in sæculari potest ibi reconueniri cap. 1. & 2. de mutuis petit. Ordiñ. lib. 2. titul. 1. §. 1. l cum Papinianus dict. Auth. & consequenter. C. de sententijs & interlocutionibus. l. 2. § sed si agant ff. de iudic. Quia respondetur quod in reconuentione consideratur quædam prorogatio non hominis sed legis, ob vitandos litium sumptus cap. dispendia de rescriptis lib. 6. & hoc non potest extendi ad oppositionem, quæ non facit capacem iudicem sed supponit, deinde in causa spolij non admittitur quæcunque reconuentio sed illa sola quæ similem qualitatem spolij continet Ordin. lib. 3 tit. 33. §. 4. 5. & 6. c. ex conquæstione de restit. spol. cap super spoliatione de ordine cognitionum, Trintacinquius variar lib. 2. titul de mutuis petitio resol. 1 n 19. Muscatel in praxi Neap. 3. part. verbo actorem num. 27. Maranta de ordin. iudic. part. 4. decis. 6. num. 42. Barbos. d. l. 2.

d.l.2.§.legatis nu.251. ff. de iudic. eleganter Valasc.consf.32.num.6. vbi de vsurario.

Nec pariter obstabit quod quando clericus agit in sæculari voluntarie accedit ad iudicium ex reg. l. vnicæ C.vt nemo inuitus agere, atque ideo merito potest in eodem iudicio quod elegit pulsari, quia respondetur quod etiamsi clericus agat pro spolio in sæculari, adhuc non voluntarie sed inuitus agit cum potius patiatur, pro quo est tex. in d §.sed si agant, vbi legati qui pro iniuria sibi illata agunt reconueniri non possunt, quia qui pro iniuria agit potius patitur dum eam agendo repellit, Barbosa vbi supra numer.236. Quod maiori cum ratiotione admitti debet in clerico vocato ad iudicium coronæ Regiæ, qui inuitus vocatur, & agit, & respectu oppositoris cum sit Reus apud suum iudicem pulsari debet non vero in eo iudicio ad quod in voluntarius accedit, ex vi concordatæ tantum inter ipsum & Regem, non vero quando alius litigat respectu cuius priuilegio non renuntiauit. Vnde vel ipse agat contra Regem vel Rex eum vocet ad iudicium, vel ex capite violentiæ agat, vel conueniatur nullo ex his casibus locus est oppositioni.

Atque ex his senatui placuit sententiam latam circa incompetentiam iudicij reformandam quia cum per sententiam iudicis Regij Reus fuerit absolutus non potuit idemmet iudex cognoscere de causa oppositionis, quæ in separato processu agitabatur contra clericum pro qua ipsius iudex adeundus est, reuocata priori sententia, quæ nulla fuit, tam attento iure Canonico quam Regio, quod sententiam nullam decernit latam contra laicum in foro ecclesiæ, quando iurisdictio sæcularis læditur Ord.lib 2 tit.1. §14 quod a fortiori admitti debet respectu iurisdictionis ecclesiasticæ, & fori priuilegij quod remitti nequit, idem diximus in casum inter Hectorem Mendes de Brito, & Paulum Bezerra de Barros, sed adhuc est causa subiudice.

SVMMARIA

1 *Confeßio patris in fauorem vnius ex filijs alijs non præiudicat.*

2 *Filius tenetur probare vere debita extare.*

Sic pariter in donatione remuneratoria.ibi.

3 *Ex sententia ex confeßione habita non oritur prælatio inter creditores.*

4 *Simulationem quæ coniecturæ arguant.*

5 *Filius in vita patris non agit de nullitate talis confeßionis.*

Turpitudinem suam pater prodere non tenetur.ibi.

6 *Filius solum admitti potest per officium iudicis vt declaretur ne sibi præiudicet.*

DECISIO XXXXIIII.

An filius in vita patris sit audiendus pro annullanda confessione patris facta in fauorem alterius filij, ad Ordinat. lib. 4. titul. 12.



1 Ontra patrem suum egerat eius filius Emanuel Martinz, petens à patre magnam pecuniæ quantitatem, quã pater agnouit, & ex ipsius confessione lata fuit sententia, contra quam gener ipsius qui eius filiam vxorem duxerat, ob præiudicium quod sibi in posterũ, ex d. sententia gigni poterat, impedimenta obtulit, quæ cum recepta fuissent à iudice, finali sententia fuerunt reiecta, & in senatu re maturius ponderata primus iudex sententiam dixit reuocandã, quia satis probabatur collusio, in fraudem aliorum filiorũ, & quod inerat in tali confessione, quædam donatio simulata, & succedebat Ordin. lib. 4. titul. 12. quæ venditionem, & permutationem prohibet inter patrem, & filium, venditionem absolute ne vllo modo fiat, permutationem vero, quando inæqualis sit, nam illa verba, *que desigual seja*, non ad venditionem referri debent, sed ad permutationem, & licet hæc ordinatio sit restringenda, vt explicat Gama decis. 295. nec eam extendendam dicit ad dationem in solutum, quia venditionem impropriam inducit, & sic pariter dicendum sit in confessione debiti, facta in fauorem filij.

2 Tamen filius vt ex confessione obtineat, semper tenebitur probare, vere, & realiter debita extare, ne confessio simulata, & in fraudem filiorum facta censeatur, & magis esse simulatam donationem, quam confessionem debiti, sicut alias, si pater permutat inæqualiter cum filio, potius dicitur donare, ex Ordinat. libr. 2. titul. 18. §. 4. in fine, iuncta altera lib. 2. titul. 35. § 19 & res permutata diuiditur inter hæredes, in simili lege Baeça de non meliorand. filiab. cap. 36. nu. 11. facit Bart. in l. ab omnibus in princip. ff. de legat. 1.

3 Sicut pariter videmus, donationem remuneratoriam annullari, meritis non probatis, vt notant Doctores in l. si donatione. C. de collatio. & ex sententia habita per confessioné patris, non oriri prælationem respectu aliorum creditorum, dixit Bart. in l. post contractum. ff. de donat in fine, Barbosa in l. 1. 6. part. n. 42. ff. sol. matri. sic limitata regula Ord. lib. 3. tit. 91. §. 1. Cum igitur simulationis non desint argumenta, de quibus Valasc. q. 7. de iur. emphy n. 7. & duæ præsumptiones sufficiant, ex his quæ Marcard concl. 447. Gama decis. 120. Franc. Marcus quæst. 46. Valasc. cons. 5 nu. 21. & cons. 154. Menoch cons 303. n 19. eleganter præter alios Ias. in l. si is qui ff. de vulgari num. 11.

4 Vbi ad præsumendam simulationem & fraudem, venditionis paternæ, quatuor enumerat coniecturas, si emit filius omnia bona patris, si per interpositam personam, si emit in continenti à tertio, qui à patre emit, quarta quando solũ adest confessio pretij; & secundum hoc dicit stare communem opinionem.

5 Ego aduertebam, non mihi esse dubium circa simulationem probandam, sed de eo solum an filio in vita patris

patris liceat agere, de nullitate con fessionis paternæ, seu donationis in officiosæ, primo quia videtur agere pro legitima in vita parentis, cum eo tempore non debeatur, l.1.§. si impuberi ff de collatio bonor. quod in donatione immensa firmauit Pallar. in c. §.22.n.4.& §.24.n.3. cõcordat Segura in l. cohæredi §.cũ filiæ, de vulgari, Bertrand in l. hac edictali C. de secundis nuptij 5.n 17.§ si vero, qui firmat donationẽ factã, á secundo nubente, vltra modum ibi assignatũ, nõ posse á filijs impugnari, matre viuente, Bald. consl. 288.col.2.lib.4 & fratres viuo parente immensam donationẽ infringere nõ posse, testantur Bart. Cyn. & Bal in l.1. C. de inoffi. donatio, Salyc. in l. si totas, vers nunc quęro C. inoffi. donatio. Tiraq. in l. si vnquã in princ. nu 91. sicut alias stante statuto retractus, filius non potest retrahere rem, á patre alienatã, Tiraq. de retractu lib.1.glo.9.§.1.n.46. Baeça de nõ meliorand. filiab.c.34.n.8. & obiter dictũ sit, quod nec ipse pater potest talẽ donationẽ reuocare, ne turpitudinem suã prodat, vt colligitur ex Bart. in l sicut § superuacuũ in fine ff. quib. mod. pign. vbi tenet venditorem suã venditionẽ non posse dicere simulatã, licet ipse citetur in contrariũ in l. emptor. ff. de aq pluuia, & in l. quemadmodum C. de agricol & Censl. lib 11. vt refert Firmius de episcopo. tom. 4. tractatuum. nu.124 fol. 55. & pro hac sententia faciunt, verba Ord. libr. 4. titul.12. in fine ibi. *como que estiuera em poder do vendedor*, quibus verbis simulatam permutationem ab alienante impugnari non posse, plane testatur cum bona extra ipsius potestatem non esse præsupponat, tẽpore obitus, quasi reuocare non potuisset in vita.

Redeundo ad casum, filio videtur præclusa actio agendi, in vita patris, ex traditis per Angel in § item si quis in fraudem instit. de actio, Costa in l. qui duos §. cum in bello, verbo postea mortui ff. de rebus dubijs, Pinel. in l.1. C. de bon mater. 3.part nu 75. Menchaca successio. creation. lib. 2.§. 20. nu 289. & probat Ord d tit.12. in fine ibi, *e por morte do vendedor, &c.* quo loco supponit in vita ipsius agi non posse.

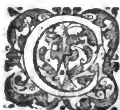
6 Quare filius solũ admitti potest vt per officiũ iudicis, in vita patris declaretur, ne sibi præiudicent tales alienationes, nec nocere possit agẽti logæua possessio, prout in simili casu fieri posse testatur Soares alleg 4 à nu. 6. & huic sententiæ accessit D Emanuel Coutinho de Castelbrãco qui sub forma & declaratione prædicta sentẽtiã scripsit, est processus apud Scribam Vianna.

SVMMARIA.

1 *Nautæ ratione nauli & sallary tacitam habent hypothecam in illatis.*
2 *Habens ius prælationis inter personales creditores vel hypothecarios potest reuocare pecuniam solutã à suo debitore alijs creditoribus ipsius.*
3 *Confutatur Afflict.*
Tacita hypotheca sufficit vt pecunia soluta reuocari possit.
4 *Fiscus ex tacita hypotheca solutum à suo debitore repetit.*
5 *Idem inter priuilegiatos in actione personali.*
6 *Prætium rei hypothecatæ venditæ non manet hypothecatum.*
7 *Pecunia dicitur in genere hypothecata.*
Ex sententia Cumani est specialis hypotheca.
8 *Per condictionem ex lege pecunia soluta peti potest.*

DECISIO XXXXV.

Quando magister nauis sallarium debitum exercitoribus, vulgo marinheiros *recepit, & ex illo sua debita creditoribus soluit, an dicti officiales nauis, possint dictam pecuniam ab illis quibus soluta fuit, condicere, vel an agere debeant contra magistrum personali actione.*



CVm nauis ex Brasilica prouintia, huius almæ vrbis Portum appelleret, Magister ipsius, á mercatoribus quorũ mercibus onusta fuerat, prætium nauli nauis exercitoribus debitum exegit, atque ex illa pecunia suis creditoribus, satisfecit, miseri nautæ, contra illos quibus pecunia soluta est, agunt in iudicio competenti, vt sibi sua pecunia reddatur, Rei se defendunt quod confusione nummorum, illorũ dominium extinctum fuerat, ex reg l. si alieni ff. solutio. ibi, *sed si mixti alijs sint ita vt discerni non possint eius fieri qui accepit.*

1 Et quia sententia contra Reos lata fuit, re delata ad senatum prioribus dominis placuit, sententiam reuocandam, ex ratione d l si alieni, quam confirmandam censui ex ea ratione quia nautæ ratione nauli, tacitam habent hypothecam in rebus illatis, cum iure prælationis, cæteris creditoribus, ex tex in l Lucius ff. qui potior in pign. & arg l interdum eod ibi, *Interdum posterior creditor potior est priore, &c.*

2 Inde fit, quod habens ius prælationis, inter personales virtute suæ prælationis vel hypothecæ potest reuocare pecuniam per suum debitorem suis creditoribus solutam, si pecunia extat, per hypothecariam. l pen §. fin. ff de pignor l. idemque §. fin. ff qui potiores, Neguf de pignor. 2. part memb. 1. num. 11. Peregri de iure fisc lib. 6. titul 6. num. 5. si autem est bona fide consumpta, creditor eam condicit actione personali, l. vlt. §. sin vero C. de iur. deliber. Couar pract. cap. 29. Menoch. consf. 25. num. 4.

3 Licet Afflict. decis 190. num. 6. contrarium sentiat, ex l. pupillus. ff. quæ in fraud credit. l. si non expedierit §. 1. ff de bon author. iudic. Contra quẽ facit tex. in l. pecunia. C. de priuil. fisci, vbi datur sola tacita hypotheca non priuilegiata, qua fiscus à suo debitore solutum reuocat, idem ergo in qualibet alia tacita hypotheca alterius creditoris, prout illam accipit legem Stracha de decoctor. vlt part. vlt p. à num 30. Cæsar de Vrsilis in addit ad Afflict. decis. 190 nu. 5. Capi. decis 78. num. 1. citato Negusant. de pign. 4. membr. 2. part num. 98. sequitur Barbosa l. 1 6 part. ff solut matrim. num. 21. vbi in vers. si autem, idem extendit ad creditores priuilegiatos, inter actiones personales, vt solutam pecuniam reuocent sequitur Gregor. l. 11. titul. 14. part 5. gloss. a que vence, & l. 9. titul. 15. part. 5. verbo vence,

Matiença

Matienço l.7 titul.16. libr. 5. Ordin. gloss 5. num. 16.

6 Nec obstat quod soluta illa pecunia quę hypothecata erat hypotheca extinguitur Cephalus cons 555. num 7 lib 4 Phanucius de iuuent.1.p. nu.174.Gama q 1 nu 7. quasi res ipsa perempta sit, d l. si alieni ff.de solutio, adeó vt nec prætium rei hypothecatæ venditæ hypothecatum maneat, l.1.ff. de distract. pignor. l. quamuis C in quib.caus pignus.

7 Satisfit enim quod dict. pecunia cum sua causa, & onere transit, & dicitur in genere hypothecata, vt sic nunquam possit dici consumpta, arg. l incendium C si cert.petat. Bart in l. pupillus ff quæ in fraud. ante fin. receptum dicit Stacha. dict.titul de decoctorib. vlt. p. vltim.part. à num. 30. de quo est tex. in l. idemque § fin ff. qui potior in pignor. Quod si adhuc placeat d hypothecam in genere considerari non posse, ratione pecuniæ, sed magis specialem vt dixit Cumanus in dict.l.pupillus num.5.

8 Tamen adhuc creditori potiori agenti, competit condictio ex lege, ad reuocandam pecuniam posteriori solutam, l pen. §. etsi præfatam.C.de iur. deliber. d l. pecunia.C.de priuil. fisci, Gutierr lib.3 practicar quæst 100. num.9 Capi decis.78.num.5. Barbosa in d.l.1 6 part nu.20. ad medium.

Ex quibus in præsenti iudicauimus sententiam cōfirmandam quia nautæ nauli pecuniam hypothecatam habebant quā repetere seu reuocare recte poterant à bonæ fidei possessore etiam consumptam per condictionem ex lege iure extraordinario maxime quia Magister aberat, nec dabatur ipsius copia vt suum nautæ cōsequi possent.

SVMMARIA.

1 *INterpretata Ord. lib.4 tit.32.*

2 *Dum illa Ord tempus præscribit procedit in alijs qui alio titulo quam famuli inseruiunt.*

3 *Capellani non compræhenduntur sub lege quæ de famulis loquitur.*

4 *Cessat lex Regia quando famulus à domino sallarium petijt etiam extraiudicialiter.*

Idem si inter eos factæ sint computationes.ibi.

5 *Ordin. non procedit quoties sallarium per scripturam promissum est.*

Lex Regia non admittit præscriptionem.ibi.

Famulus habens apud se rem aliquam domini loco pignoris eam retineri potest.ibi.

6 *Domino agenti contra famulum perpetuo competit exceptio.*

Exceptio sola illa perpetua est cuius materia non potuit opponi per viam actionis. ibi.

Euangelicæ denuntiationi pro sallario debito locus non est.ibi.

DECISIO XXXXVI.

An Capellanus cui per chyrographum suum dominus sallarium promisit repellatur si per triennium tacuit, ad Ord. libr. 4. titul. 32.



Nseruierat Ludouicus Mẽdez da Motta, Didaco Botelho, olim Brasilicæ prouintiæ gubernatori, in officio capellani, & pro sallario annuatim sibi soluendo, illi promiserat 200. mille nummos, cum habitatione, cuius summæ chyrographum sua manu confectum capellano tradidit, qui cum per anni & dimidij spatium in eius seruitio commoratus esset, d. Didacus obijt, & ab eius filio Nonio Aluarez Botelho, tanquam patris hærede, sallarium exposcit, qui se præscriptione temporis defendebat, authoritate legis Regiæ lib 4 titul. 32. Iudex sententiam absolutoriam in fauorem Rei protulit, eo fundamento quod læsio intercesserat, in excesiua sallarij asignatione, quod quidem senatui displicuit, vbi eius sententia reformatione digna visa est, ex sequentibus fundamentis.

1 Quia supposita Regia Ord. lib. 4. titul. 32. quæ statuit vt post trienniũ famuli, non admittantur ad sallarij promissi exactionem, ibi, *se despois que se delles sahirem passarem tres annos, & seus amos & senhores estiuerem sempre nesses lugares onde se delles seruirão não os poderão mais demandar, nem serão a isso recebidos, &c.* est similis lex Castellæ 3. tit. 13. lib 3 Ordin. & l. 63. Tauri, & pragmatica edita Matriti anno 1528. cuius meminit Duenas reg 306. & reg. 6 in fin. princip de quorum intellectu & iustitia, late Menoch libr. 2. præsumption. 91. Padilla in l. 1, Codic. de serui num. 46. Gutierr. de iurament. confirm. 3. part. cap. 1. à nu. 21. Flamin. de resigna. 2 part. lib 11. quęst. 4 nu. 53. Flores variarum lib. 1 q 7. § 1 nu 63. & §. 2. nu. 4 Gama d. decis. 334. num. 9. Sanches de matrim. libr. 7. disput. 37. num. 17. Azeued. l. 6. tit. 15. lib. 4. nouæ recopil. nu 22. Mexia taxa panis conclus. 1. nu. 122. Couar. in reg possessor 2. part § 11. n. 2. Molin. de iustitia tract. 2. disputat. 67. qui alios quam plures citant vltra doctisimũ & studiosissimũ Barbosam in annot. ad illã legem.

2 Illud videtur recipiendũ, quod ea ordinatio, dum tempus ad agendũ præscribit famulis, non procedat, in illis qui alio titulo quam famuli inseruiunt, patet ex princ. ibi, *os homẽs ou molheres que morarem com senhores ou amos, &c.* pungit Gama d. decis. 334 in fine, quod maxime procedit quia lex est restringenda ad casus in quibus loquitur; vt in simili dicit Peres in l. 3. titul. 3. libr. 3. vers Præterea, sicut alias quælibet exorbitans & odiosa dispositio restringitur, dummodo tamẽ verborum obseruetur proprietas, ex his quæ Tiraq. in l si vnquam in præfat. n. 119. Caldas Pereira de nomin quæst. 13. n. 17. elegãter Surd cons. 140. n. 64.

3 Cum igitur alio titulo, quam famuli, capellani, in domibus nobiliũ recipiantur, ad seruitium alterius ordinis, non debent cõprehendi sub generalitate huius legis, nec hac exceptione repelli, quæ peremptoria est, & in quacunque iudicij parte potest opponi, ex his quæ Rebuff. ad leges Gall. titul. de famul. salar. gloss. 11. in princ.

sicut

sicut alias ijdem legi locus non erit, quando famulus sallarium à domino petierit, etiam extraiudicialiter cum testibus, quia quęlibet petitio, huius legis rigorem infringet, & præscriptionem interrumpet saltem de iure Canonico, prosequitur late Gutierr. vbi supra d.cap.1.num.24. & seqq. in simili Rebuff. ad leg. Gall. titul. de mercator minu.vend.artic.1. gloss.16. fol.125.& gloss.22.fol.230. vel si inter dominũ,& famulum, sint factæ computationes, & conclusum quantum debeatur,datique & accepti ratio consumata,quia tunc agi potest, intra 30. annos, ad instar cuiuslibet actionis personalis,cui minori spatio,non præscribitur,ex Ordin.libr.4.tit.79.idem Rebuff.gloss.20 nu.2. fol.228. nec in hac computationum ratione, scriptura necessaria est, per l.pactum quod bona fide ff.de pact.nec obstabit Ord. libr.3. titul. 59. quia procedit in probando debito, in nostro autem casu agitur de probandis rationibus habitis, ne præscriptioni sit locus, vt arguatur mala fides præscribentis, ad quod sufficit etiam extraiudicialis petitio, Gutierr.de iuramento confir. 3.part.cap.1.nu.24. Flores lib.1. variar. quæst.8.§.1. num.63 & §.2.numer.41. Sanches de matrimon.lib.7. disputat. 37.num.17.

5 Illud insuper notabam, quod cum Capellano fuerit sallarium promissum, per chyrographum domini, hæc Ordinatio pariter non procedit, in eo casu, in quo conuentio sallarij in scripturam redacta est, quia iam constat de debito, ita vt domino incumbat probare solutum, ex reg.l.1.ff. de exceptio, l.1. C.de probatio, sentit Rebuff. vbi supra gloss. 13. fol. 246. etiamsi manu priuata sit scriptum, vt per eum gloss. 14. Cuius rei videtur esse ratio,quia hæc ordinatio, ideo famulis tempus præscribit, ne bis idem exigatur à dominis, non tamen debiti realiter præscriptionem inducit, quia obstabit mala fides præscribentis, ex reg. cap.fin. de præscript. prosequitur Gama vbi supra num.7.adeo vt dominus teneatur solutionem allegare, quã lex præsumit ex cursu illius temporis, quod in vim probationis admittitur, quia tempus inter modos probandi legitimos connumeratur, vnde fit quod qui dixerit se præscripsisse, non bene se defendit quia debet allegare solutionem; vnde non infæliciter, Duenas d.reg.306.limit.7.addit,quod. si famulus rem aliquam domini apud se habeat,illi non currat tempus, quia loco pignoris, videtur illam habere, vnde quando dominus agit, licite excipere potest, de sallario sibi debito, quia ea quæ sunt ad agendum annalia, sunt ad excipiendum perpetua, l. pure.§.fin.ff.de doli mal. & metus exceptione, sequitur Rebuff. vbi supra num.9.Felin.in cap.ex transmissa nu. 9. de præscriptio. Ancharra.cons 5.

6 Verum merito in contrarium inclinat Gutierr.vbi supra num.22 ex doctrina Bart.in l.2. num.3. ff. de exceptio, vbi docet quod exceptio illa sola perpetua est, cuius materia non potuit proponi, per viam actionis, at vero quando pro illa re consequenda agi potuit, pro qua modo excipitur, si actio iam præscripta est, sic & pariter exceptio, extincta censeri debeat, ne sublata actione,à qua dependet exceptio,ipsa adhuc supersit, dicit communem Gomes.1.tom. variar. cap.11.nu. 20.Couar.in practicar.cap.25.num.4. licet primam opinionem in foro ecclesiastico seruandam,dicat idem Gutierr num.23.in fine cuius in hoc opinio sequenda non videtur,quia æquitas canonica, non debet introduci contra ius; sicut pariter cauendũ est, à Peres d l.3.in fin. vers.esset, alia declaratio,dum sentit his casibus,in quibus famulus agere non potest, quia tempus elapsum non est, tunc possit addire

addire iudicem ecclesiasticum, per denuntiationem euangelicam, & ab eo petere, vt debitorem compellat, vt soluat quia adhuc sublata ciuili actione, manet naturalis, qua tenetur soluere, & succedunt quæ Panormit. in rub num. 5. & in cap fin. de præscript. nu. 22. quia vsus euangelicæ denuntiationis, in his casibus vsu non recipitur, ne detur iurisdictionum perturbatio, sicut pari ratione, non admittitur, in læsionibus intra dimidiam iusti pretij, in quibus naturalis æquitas offenditur, quæ non patitur vt se adinuicem decipiant contrahentes, l. in causæ. §. naturaliter ff. de minor atque ex his exulat à tribunalibus d. denuntiationis vsus, his casibus læsionis, præscriptionis, & similibus, explicat Valasc. de iure emphyt. q. 7. à nu. 22.

Ex his igitur cum Reus solutionem non probet, eum censuit senatus condemnandum, tanquam hæredem patris sui reformata sententia. Scriba Georgio Fernandez.

SVMMARIA.

1 *Annullato titulo addictionis pars in mala fide constituitur.*
Sententia iniusta non præstat fructuum acquisitionem. ibi.
2 *Malæ fidei possessor æquiparatur violento.*
3 *Distinctio facienda est inter malæ fidei possessorem titulatum, & sine titulo.*
4 *Ex qualiquali titulo iniustus possessor excusatur à percipiendis.*
Explicatur Ordinat. libr. 4. titul. 48. §. 6. ibi.
5 *An soluantur qui secundum spoliati industriam percipi potuerunt.*
Explicatur l. cæterum. ff. de rei vindic. ibi.
Serui edocti expensis possessoris non soluuntur fructus ex illo augmento. ibi.
6 *Quid dicendum in fructibus meliorationum.*
Qui dicant quod compenset fructus. ibi.
Ponderata Ordinat. libr. 4. titul. 48. §. 7. ibi.
Illa Ordinatio non debet trahi extra suum casum. ibi.
7 *Ponderatur Ordin. lib. 3. titul. 86. §. 5.*
Etiam possessor bonæ fidei compensat impensum cum fructibus perceptis. ibi.
8 *De iure communi etiam possessor bonæ fidei compensat fructus meliorationum.*
Expensarum dominium cedit domino soli. ibi.
9 *Qui bona fide possidet non compensat fructus si factus non est locupletior.*
Possessor malæ fidei ipsas meliorationes amittit.
10 *Malæ fidei possessor solum leuatur circa fructus percipiendos.*

Fructus

11 *Fructus non dicuntur nisi deductis expensis.*
In impensis pro fructibus colligendis diuerso modo proceditur.ibi.
Declaratur l.si seruus 27. §.oliuam.ff.ad l Aquil.
Explicatur l.1.C.de infantibus.ibi.
12 *Tribus modis quis impendit in re aliena.*
Vel quando tanquam negotiorum gestor.ibi.
Explicata l. si pupilli. §.sed etsi quis.ff.de negot.gest.ibi.
13 *Secundo,quando propriũ non alienum negotium gerens impendit.*
Hoc casu sola datur retentio.ibi.
Competit æquitas l.si me & Titium.ibi.
14 *Tertio,quando impendit in re maioratus.*
Competit actio negotiorum gestorum.ibi.
15 *Contra violentos possessores datur iuramentum in litem.*
Interpretat Ordiu. lib.3.titul.52. §.5.& tit.86.§.16.

DECISIO XXXXVII.

An annullato titulo publicæ addictionis teneatur qui rem cum fructibus restituit non solum ad perceptos, sed ad eos qui percipi potuerunt, ad Ordinat. lib.3. titul.86.§.4.

1 Obtinuit Didacus d'Abreu, sententiam contra Franciscam Vieira, quam executus fuit, in bonis debitricis,& in certis domibus,& seruis, contra quam addictionem debitrix opposuit impedimenta,& obtinuit vt addictio nulla pronuntiaretur,bonaq; ipsi restituerentur, cum fructibus, in liquidatione controuersum fuit, an teneretur Reus ad fructus, & quomodo cum illis expensæ compensandæ, qui poterant percipi ex locatione domus & seruorum à Præside in omnibus condemnatus fuerat, re delata ad senatum, & inter ea quæ à sapientissimis Collegis dicta fuere, notabam quod in præsenti addictio annullabatur quia Reus omiserat citationem partis, & sine debitis solemnitatibus bona debitricis distracta fuerant quo casu annullato titulo, ipse in mala fide constituebatur, sicut alias est in mala fide, qui contra iura mercatur, & dolose, & cum fraude alienarum rerum possessionem occupat,ex gloss. verbo mala in l. 1. C. de fid. instrum. & iur hast.fiscal.lib.10. Ias.in §.item si quis in fraudem,instit. de actio nu.45. quia errans in iure fructus restituit, ex Decio cons. 282. Gama decis. 311. num. 1. nec sententia iniusta præstat fructuum acquisitionem,vt per Doct. in l.filio.§ 1 ff inoffic testam. Francus in cap dilecto de appell col.3. ad fin. licet aliquando excusat à fructib. percipiendis vt notatur in cap. ex insinuatione de procurator.

Vnde

Vnde cum plenaria deberet fieri restitutio, multa dubia incidebant in processu; primo, an omnis malæ fidei possessor teneatur ad solutionem fructum, etiam percipiendorum; secundo, an aliquos faciat suos; tertio, an deducat expensas; quarta, an circa æstimationem differendum sit iuramentum Actrici, cui restitutio facienda est.

2 Et quo ad primum notissimi iuris est, malæ fidei possessorem æquiparari ei, qui per vim possidet, quāuis hic vltimus grauius delinquat, l si quis in tantam. C. vnde vi, l. si quis ad se C. ad l. Iuli. de vi, quia cum vterque æqualiter teneatur damnum illatum resarcire; inde fit, quod sicut violentus possessor, ad omnes fructus perceptos, & qui potuerunt percipi teneatur, ex c grauis de rest. spol. illud idem recipitur in quolibet alio malæ fidei possessore, l. fructus in princ. ff de rei vind. l. domū. C. eod tradit ibi gloss. vlt. vbi Abb. nu. 7. Bero. 34. in d. cap. grauis. post alios Menoch remed. 15. recup num 606. l. si fundum C. de rei vindic. ibi, *quos mala fide percepisset*, cap. conquærente de rest. spol. ibi, *perceptis*, cap. bonæ, ibi, *fructus medio tempore perceptos*, de appell. Gregor. l. 40. titul. 28. part. 3. verbo teudos, Tiraq de retract. titul. 1. §. 1. gloss 15. nu. 28. olim tamen violenti possessores, qui conuenti rem non dimittebant, condemnabantur in duplicatis fructib⁹, de quib⁹ agit Paul. libr. 5 sententiarum titul. 6. vers. Ex die, & tex in l. si remunerandi 6. §. vlt. ff. mandati, ibi maiores fructus, declarando idest duplos prout Cuiatius lib 4 obserua. cap. 11. aduertit, & libr 5. cap. 21. agens de intellectu l. 3. ff. de interdict.

3 Est tamen distinctio facienda, inter malæ fidei possessorem titulatū, vel sine titulo. vt prior, solum ad perceptos teneatur iuxta d. l. si fundum, posterior vero indistincte ad omnes, iuxta regulam dict. cap. grauis de rest. spol & licet hæc differentia, nullo iure probetur, & obstent iura citata à gloss. in d l. si fundum, vt per Menoch. vbi supra nu 607. adeo vt contrarium sequantur Beroius in d cap grauis nu. 34 ad fin Loriotus de fructib. actiom. 50 & alij.

4 Tamen praxis cōmunem amplexa est, vt ex qualiquali titulo iniustus possessor, excusetur á percipiendis iudicatum dicit Rotta decis. 597. de rest spol. Menoch. 1. remed. recup. num. 413. quam amplexa est Ordinat. lib. 4. titul. 48 §. 6 ibi, *& tornelhe ainda os fruitos que ouue dessa cousa no tempo que a teue despois da compra feita*, vbi solum ad perceptos videtur obligare malæ fidei emptorem, qui rem à marito sine vxoris consensu, emerat, facit l cæterum. ff. de rei vindicat. quæ tamen ordinatio, non multum vrget, quia licet loquatur de perceptis, non inde sequitur quod non tenebitur ad percipiendos, de quibus non agit, quia resultat à contrario prauus sensus, iuxta gloss. & communem in l conuenticula 15. C de episcop & clericis, gloss. 2. in cap 1. de ætate & qualit. in 6. quare suppleri debet in casu omisso, á iure communi, secundum quod mala fide possidens, tenetur ad fructus, qui potuerant percipi, & eodem modo respondetur, ad l si fundum. C. de rei vindicat. quæ tamen de perceptis loquitur, & ad d. l. cæterū, satisfacit Barbosa in d. l. diuortio §. fin. num 52. & 55. vbi vide, sed praxis in iudicando obseruanda est.

5 Vnde quando possidens mala fide, tenetur de percipiendis, quia sine titulo possidebat, dubitari solet, an debeantur fructus, qui secundum industriam spoliati, poterant percipi, vel secundum spoliatoris industriam, & summam spoliati diligentiam, attendendam esse, sentit tex. in l. si de possessione. Cod. vnde vi, ibi, *quos vetus possessor*

possessor percipere potuit non tantum quot prædo percepit. Et in quolibet malæ fidei possessore receptum probat l si nauis ff de rei vindicat. l. apud Iulianum 40.§.1 ff de legat.1.l.sed & partus ff.quod metus causa gloss. in l fructus verbo restitui ff. de re iudic gloss. verbo potuisset,in l.2. C.de fructibus, Boer.decis.267. Menoch. d. remed.1. num.414. Obstat tamen quod spoliator, illos restituit fructus, quos secundum suam industriam recipere potuit,ex textu in l.domum.Cod de rei vindicat.l.1.Cod de petit.hæred l sed etsi §.quod autem, vers. sed fructus ff. illo titulo, l ait prætor §.per hanc ff. quæ in fraud. creditor. l. 2. Cod. de fructib. Communis tamen obtinuit, attendendam esse diligentiam communem, vel singularem, ipsius spoliati, non vero spoliatoris, qui iuxta suam singularem industriam plures percipere posset, Menoch. vbi supra numer. 416. Couar.in reg peccatum 2 part §.6 in fin.

Nec obstat l cæterum ff.de rei vindicat. vbi ex augmento serui edocti, non soluuntur fructus quia ille tex. licet procedat in possessore malæ fidei, ex gloss. ibi in eo tex. ideo leuatur possessor ab operibus receptis à seruo, ex artificio, quia eius expensis dedicerat & æquitas suadebat, vt vsque ad 25.annum compensarentur, cum alimentis præstitis, post illud vero tempus nihil impedit,vt restituantur, explicat Barbosa vbi supra nu 57.

6 In secundo puncto an malæ fidei possessor aliquos ex fructibus suos faciat, controuersum est, in fructibus à meliorationibus collectis, & quod meliorantis fiant, adeo vt nec compensentur, cum impensis tenuerunt plures vt per Valasc. de iure emphyt. quæst 25.à num.26 Garcia in tractat. de expens cap 23.à num.54 Caualcan. decis 44 & 45. num. 67. & decis. 28. num 8.part.1. Rodoanus de rebus eccles. §.de emptione num.4. Menoch. de recuperan. remed.15. quæst.50 nu. 609.Gama decis.364. quorum opinio fundatur,in l.emptor ff. de rei vindic. vbi Angel. quem citat Gama d.decis. 364.in princip.Valasc.conf 83 à n.20. prosequitur Couar.lib.1.resolut cap 8. num.4.Afflict. decis. 87. Negusan.de pignor.4.part.quintæ principal num. 20.cum seq. Gutierr. 3.part. quæst.68. num.17.

Contrarium alij sequuntur quod omnino compensare teneatur malæ fidei possessor, meliorationũ fructus, cum ipsis expensis, vel ille cuius titulus à principio sit irritus, vel annullatur, nõ vero si tempore finiatur,prout sunt fructuarij, & emphyteutæ, vel in casu l. 2. C. de rescind. vend. Gama decis 310 à princip.& num 5.Franchis decis.119. num 19. Garcia de expensis cap.23.num.58. Barbosa in l. diuortio §..fin. num. 45. Et ita obseruari conquæritur Gama d.decis.364 in princ. & illud de nouo in senatu introductũ, quod malæ fidei possessor fructus meliorationum compensare teneatur, pro qua opinione vrget Ordin. lib. 4. titul.48. §.7 ibi, *E querendo o comprador cobrar algũas bemfeitorias necessarias ou proueitosas que fez na cousa comprada no tempo que esteue em posse della serà obrigado compensar os fruitos que ouue della em todo o caso, ainda que os recebesse antes da lide contestada*; quæ ordinatio loquitur in malæ fidei possessore, cuius titulus nullus est emerat enim sine vxoris consensu scienter, vt patet ex §.6. quem subsequitur, & illam Ordinationem nõ debere trahi extra suum casum, dixit Valasc. d.conf.83. num. 20. & 21.

7 Cuius tamen resolutioni obstat Ordinat libr 3. titul. 86. §.5. ibi, *porem quando o comprador dos dittos bẽs tiuer feitas bemfeitorias serlheão pagas por aquelle a que se os bẽs tornão compensando toda via em tal caso as nouidades que tiuer recebidas*

V

bidas, &c. & paulò infra, *hauemos por bem que das bemfeitorias se faça compensação*; quæ Ordinat. loquitur de possessore bonæ fidei, qui iudicis authoritate posſidebat, cui pro executione sententiæ, res addicta fuerat, pendentibus impedimentis, & sub illa conditione resolutiua, si contingeret, vt sententia, per impedimenta retractaretur, & titulus à principio fieret irritus, resque addicta, esset domino restituenda, atq; ex his apparet, non solum in possessore malæ fidei, esse impensum compensandum cum fructibus, sed & in possessore bonæ fidei, prout Ordinat. Regia decidit, in quo sequens iuris communis regulas disposuit, secundũ quod melioràns fructus perceptos ex suis meliorationibus tenetur compensare etiamsi bonæ fidei possessor sit, receptum in tribunalibus dicit Couar. d. lib. 1 resol. cap 8 num. 4. vers. quid igitur, Carolus in consuetud §. 1. gloss. 5. à num. 85. Gabriel conf. 151. num 9. de quo est l 41. titul 28. part. 3. vbi Gregor. verbo que se descuente, in fin. quæ opinio aperte deducitur ex tex. l. sumptus. ff de rei vindicat. ibi, *neque ab eo qui prædium donauit neque à domino peti possunt verum exceptione doli posita per officium iudicis æquitatis ratione seruantur.*

Cuius rei est ratio, quia sumptuum, & expensarum dominium mero iure cedit domino soli, argum. § si quis ex aliena instit de rerum diuis. l. 2. C. de rei vindicat. & consequenter fructus, prosequitur Barbos. vbi supra à nu. 50. nec obstat quod sua industria sibi damno est, contra reg l. fin. Cod de alluuio gloss. fin. in d l. cæterum, Roman singul. 337. & quod melioramenta, sunt bona propria meliorantis, & allodialia, ex l fin C. de iure emphyt. Valasc. de iur. emphyt. quæst. 2. nu. 19. quia verius est cedere solo, & non esse meliorantis, ne in eadem re duo sint domini, implicat enim fundum esse alienum, & partem ipsius esse alterius domini, dixit Ruynus cons 24. nu. 10. lib. 1. Bald. in l. 2. nu. 2. G de rei vindic.

9 Solum ergo inter hos possessores est differentia, quod qui bona fide posſidet, non compensat fructus meliorationum, si ex illis non est factus locupletior, ex Barbos. vbi supra num. 52. & 53. vers ea igitur, quod secus in possessore malæ fidei, qui & ipsas meliorationes amittit, ex l. fin. C. de fundis rei priuatæ lib. 11. Felin. in c. cum causa num. 29. de re iudic. nec vtiles deducit, cum læsione rei l domum. C. de rei vindic. quia iuris censura videtur eas donare domino, § certe instit. de rerum diuisio, quæ tamen distinctio quoad possessorem bonæ fidei, apud nos obseruari non potest, cum lex Regia d §. 5. non distinguat, an sit factus locupletior vel non, & ideo suspectam habeo doctrinam Barbosæ vbi supra d. nu. 52. solumque malæ fidei possessor leuabitur circa fructus quærendos, ex melioramẽtis, vt dicit Barbosa vbi supra num. 51.

10 Cuius etiam circa hoc non probo doctrinam, vt supradixi, circa quærendos, nam malæ fidei possessor, qualiquali titulo à percipiendis excusatur, dummodo soluat illos, quos secundum communem æstimationem percipere potuisset, sicque obseruat praxis. Ord. autem in d. §. 5. procedit, ex partium conuentione, quia sub illa conditione videtur res addicta, vt plene restituatur victori cui damnosa nõ potest esse sententia, in ipsius fauorem reuocata; & hoc cogitare debuit, qui expendit, arg. l. si quis domum. § hic subiungi ff. locati, ibi, *hoc euenire posse prospicere debuit.*

11 Circa tertium quæ expensæ deducandæ sint dubitabatur in processu, quia Reus seruos aluit, & domos refecit, & gratia colligendorũ fructuum aliqua expenderat.

Et in hoc articulo notissimi iuris est,

est, quod fructus, non dicuntur tales nisi deductis expensis, l. fructus. ff sol. matrim. l.1. C de fructibus & litium, Tiraq. de retract. titul.1. §.15 gloss. 1. à princip. Bernar. in add. ad reg. 302. Duen. reg 317. Garcia de expensis cap. 1. à num 11. Barbos. in d. §. fin. num. 58. in fine, Alciat. in l impensæ 78. nu. 3. ff de verbor. signi. Boer. decis. 44. num. 7. Aymon cons 919. num. 7. Pinel in l 2 2 part. cap 3 num. 1. Valasc de iure emphyt dict. quæst. 25 num. 4 & cons. 83. num 19 cuius rei ratio deducitur, ex l ei qui 57 §. fin ff. petit. hæred. quia si non expenderet, ei imputaretur, cum ergo ex necessitate faciat, debet illi exolui, Barbos. vbi supra nu. 59. facit l fundus 52 vers. quia ff famil hercisc. Cuiat lib. 10. obserua cap. 1. nec in fructibus obseruatur illud quod in reliquis impensis, vt malæ fidei possessor amittat voluptarias impensas gloss vltim in d l in fundo, Valasc. d. num. 4 abradat vtiles l. domum. C. de rei vindic. sine læsione rei, necessarias deducat, Couar. in reg peccatum 2. part § 6 num. 3 l. 44. titul. 28 part 3. Sarmiento 1. selectarum cap. 10. nu. 7. nam circa fructus colligendos omnes impensas deducit, Couar d cap. 6 § 8. nu 10. Sarmiento 3 selectarum cap. 6. nu 6 in quo continentur etiam operæ, & stipendium laboris, Bald & alij in l. si quis sciens C de rei vindic. nec obstat l si seruus 27. §. si oliuam ff ad l. Aquil. vbi colligens fructus alienos donat impensas, quod procedit quia consumptæ in re aliena cuius ipse nō erat possessor, sic explicat Tiraq. vbi supra nu. 21. Sarmiento d c. 10 à nu 12. Garcia d c. 1. nu 3. sic pariter non obstat l. 1. C infantibus, dū probat furem pro expensis factis in educando & alendo partu ansilæ alienæ non posse seruum retinere, quia procedit in fure qui alimenta non repetit explicant supra citati. & Menoch d. remed. 15. n. 515. late Barbosa in d. §. fin. à n. 60.

12 Soluendæ meliorationes quo tēpore æstimandæ sint non omittā in quo illud obseruandum duco quod tribus modis potest quis impendere in re non sua, sed ad alium pertinente. Primo quando quis impendit in re non sua, alienum & non suum negotium gerens prout negotiorū gestor mandatarius vel similes, & hoc casu impensæ æstimandæ, & soluendæ sunt pro illo tempore quo factæ proponuntur, ratio est quia cum vtiliter factæ sint, & ex mente, & tacito mandato domini, vtiquè impensum dominus soluit, nec attenditur euentus, seu deterioratio quia hæc omnia dominum sequuntur. l successori 12. ff. de negot. gestis §. sicut, ibi, *Sicut autem in negotijs viuorum gestis sufficit, vtiliter negotium gestum, ita & in bonis mortuorum licet diuersus exitus sit*, sufficit namque vtiliter inchoasse. l sed an vltro. §. 1. ff. de negot. gest. l. si negotia 11. eod. titul. sicut è conuerso domini lucro cedit augmentum quia illud prouenit ex re sua, & satisfacit soluendo quæ impensa sunt, & à patrimonio impendentis absunt, l. 2. l. si quis mandato ff de negot. gest. ne ei officium damnosum sit. l. quæ vtiliter §. fin. ff. quemadmod. testam. apèr. quam vtilitatem non ex opinione gerentis metiendam esse, sed ex communi hominum iudicio, iuxta rerum temporum & personarum qualitatem conuenit l. sed an vltro 11 §. 1. ff. de negot gest Vezembecius ad illū titulum in fine, neque obstat l. si pupilli 6. § sed et si quis, vers ipse tamen, ff. de negot gest. dum probat dari actionem in id quod dominus locupletior factus est, sensus namque est quod etiam si improbe se gesserit negotiorum gestor, si tamen dominus locupletior factus sit, tenetur dominus id præstare non tamen præstabit vltra quam re vera impensum est.

13 Secundus est casus quando impendit proprium non alienum nego-

tium gerens, veluti in possessore bonæ fidei qui opinione domini possidebat, cum tamen res possessa esset aliena, tunc ille qui impendit solum consequitur, impensum ex quo verus dominus locupletior effectus est, tempore traditionis, vnde non sufficit impendisse nisi locupletior dominus fiat, nec sufficit fieri locupletiorem in plusquam impensum est, quia solũ tenebitur ad impensum quo ipse fruiturus est, quia excessus cedit lucro domini, probat l. in fundo, vers. finge, ibi, *finge & dominum eadem facturum fuisse reddat impensam vt fundum recipiat, vsque eo duntaxat quo pretiosior factus est, etsi plus pretij fundo accessit solum quod impensum est*, eleganter Barbosa in l. diuortio § fin nu. 91. & sequentibus, ratio est quia eo casu de iure non competit actio nisi ex æquitate, ne alter fiat locupletior cum iactura aliena, vt in l si in area ff. de condict. indebit. atque ideo requiritur quod vtrunque concurrat d l in fundo, & sola datur retentio. l. Paulus 14. ff. de doli exceptione. l. in hoc iudicium § diuersum. ff. commun. diuid. §. certe instit. de rer. diuis. l. sumptus 49. ff. de rei vindic. Tiraq. libr. 2. retract. § 7. nu. 7. Zazius lib. 1. respons. 1. nu 33. Valasc. quæst. 25. ex num. 22. & 25. Garcia de impensis cap. 7. ex num. 7. nec hoc casu iuuari posse æquitate. l si me & Titium ff. si cert. petat. tenent citati á Gomes l. 46 Tauri n. 2. Neguſ. de pignor. 5 p. membr. 4. nu. 9 facit d. l. si in area, ibi, *nullo alio modo &c.* quia subsidiario remedio locus non est vbi datur ordinarium, l. si cum § seruus ff. si cert petat. sed contraria æquior & sequenda opinio cum res mea ad te perueniat sine animo donandi, & retineas sine iusta causa, facit l si pupilli §. sed etsi quis ff. negot. gestis, vers. ipse tamen d. l. in hoc iudicium, vers. quæ cum ita l si quis mancipijs 17. §. fin ff. institoria actione, l. domum ad fin. C. de rei vindic. Cuiat. lib. 10. obserua. c. 1. Balduinus in d §. certe, Garcia d. c. 7. nu. 2. Valasc qui de praxi testatur vbi supra num. 25.

14 Tertius est casus quando quis impendit in re restitutioni subiecta quo casu interim proprium post tempus alienum negotium gerit, explicat Barbosa in d § fin nu 92. quo casu regulariter attenditur restitutionis tempus vt qui plus accipit quã suum est negotiorũ gestorũ actione soluat, l. si absente ff. de vsufructu, l. qui exceptionem 40. §. si pars ff. de condict. indebit Paulus cõs. 270 lib. 2. Roland. cons. 30. libr. 1. nu. 4. Barbos. d num. 62. & seqq.

15 In vltimo tandem contra violentos possessores, vel fures iuramentum in litem dari, statuit l. si quando C. vnde vi, Menoch. de arbitrar. cas. 208. lib. 2 nu. 4. Matienço lib. 5. nouæ recopilat titul. 11. l. 1. gloss. 2. num. 19. Mascard lib. 2. conclus. 832. Duaren. in l. in actionibus nu 50 ff. de in litem iuran. prosequitur Ord. lib 3. titul. 52. §. 5. & titul. 86. §. 16. & in nostro casu non dandum censui quia reus titulo possidebat licet nullo & irrito.

Ex quibus censuit senatus quod plenaria fieret Actrici restitutio fructuum, & reddituum domus, cõpensatis expensis in colligendis fructibus & reparandis domibus, exhaustis, nec Reum ad fructus, qui percipi potuerunt obligauit, sequtus praxim, & in his iuramentum Actrici non detulit sed ex probationibus processus, rem diremit.

DECI-

SVMMARIA.

1 GRadus computantur in maioratus successione secundum ius ciuile.
Fratres de iure ciuili sunt in secundo gradu de iure vero Canonico in primo.
2 Mater non ex eo quod talis, est proximior filio.
Inter illigitimos fratres non consideratur coniunctio ex vtroque latere. ibi.
Masculus ex secunda linea præfertur fæminæ seniori ex tertia. ibi.
3 In maioratu instituto in testamento, succeditur ac in successione abintestato.
Sed contrarium verius. ibi.
4 Ius renouationis transit ad matrem.
5 Mater admitti potest quando in maioratu vocatur ascendens ante transuersales.
Ascendentes quãdo censeantur positi in dispositione. ibi.
In maioratibus positi in conditione censentur positi in depositione. ibi.
Requiritur vt positi sint in conditione successionis. ibi.
6 Vocatis ascendentibus intelligitur dispositio de ascendentibus qui alias proximiores sunt vltimo possessori.
7 Vltima clausula derogat prioribus.
8 Maioratus potest institui per contractum in testamento.
In Regno Castellæ maioratus per contractum factus reuocari potest, secus in hoc regno. ibi.
9 Maioratus fieri non potest de legitima filiorum.
10 Consensu filij fit annexio legitimæ maioratui.
11 Filius in vita patris nullum ius habet in eius bonis.
12 Filius succedendo & tacendo probat vinculum legitimæ.
13 Approbatio tacita sufficit.
14 Interpretatio legis si quando. §. illud ff. inoffic testam.
Pactum si fiat in ipso actu testandi valet secundum communem.
15 Possessor maioratus dilapidans vel alienans soluit successoribus.

DECISIO XXXXVIII.

An ad maioratus successionem mater vltimi possessoris præferatur quando maioratus specialiter vocat ascendentes: & an legitima filij possit maioratui annecti, & quid iuris sit si filius patri præmoriatur, ad Ordinat. libr. 4. titul. 100. §. 2. & titul. 47. §. fin.



Gebat D. Philippa de Meneses contra Rodericum de Moura super successione trium maioratuum, alter institutus fuerat à Petro de Moura anno 1485. Secundus ab Aluaro Gonçaluez de Moura eius filio anno 1509. Vltimus ab altero Aluaro Gonçaluez de Moura, cum vxore D. Caterina de Lima de consensu filij Antonij de Moura anno 1571. submittendo vinculo maioratus legitimas filij & tertias vtriusque parentis ex regia facultate Cumque postea contigisset, filium in vita parentum decessisse, cũ vxorem duxisset dictam D. Philippam de Meneses, successit eius filius Aluarus Gonçaluez de Moura post mortem aui, & supradictorum maioratuum possessionem occupauit; qui postea sine filijs decessit contendebat dict. D. Philippa cum d. Roderico super successione maioratuum quæ remotior erat vno gradu ex genere & trunco dos Mouras, se tamen dicebat præferendam eo quod erat vltimi possessoris mater ex eadẽ familia, & institutoribus descendens licet vno gradu remotior, ponderans in sui fauorem Ordinationem libr 4. titul. 100 § 2. de cuius intellectu Egimus supra decis. 5. Quod sine dubio esse admittendum asserebat in successione vltimi maioratus in quo specialiter in deffectum descendentium, vocabantur ascendentes. Vltimo addens quod quando esset excludenda à maioratuum successione non posset excludi à legitimis filij maioratu vinculatis de eius consensu, & Regia facultate cum illa dispositio fuerit effecta caduca eo quod ipse ante parentes decessisset quo casu ipsa tanquam eius hæres debebat admitti ad legitimarum successionem; qua hypothesi supposita quatuor in proposito discutienda proponebantur: primũ an mater vltimi possessoris sit præferenda proximiori agnato: secundo an saltem in vltimo maioratu mater deberet admitti cum ex clausulis ipsius admittantur ascendentes: tertium, an saltem matri tanquam filij hæredi sit relinquenda legitima à communi parente vinculata, eo quod ipse ante parentes decesserit filio relicto: quartũ, an dict. D. Philippa ad damnificationes datas in maioratu ab Aluaro Gonçaluez de Moura teneretur quia bona hæreditaria ex persona filij ad ipsam deuenerunt tanquam ipsius hęredem, qui parentis hæres extitit.

1 Et quoad primum latius diximus de materia dict. decis. 5. & supposito quod non inficiabatur quod mater erat vno gradu remotior computatis gradibus secundum ius ciuile ex quo

ex quo quælibet persona diuersum constituit gradum, quia licet de iure Canonico fratres sint in primo gradu de iure ciuili manent in secundo l. 1. à princ. ff. de gradib. §. secundo gradu instit. eod titul. l. 3. tit. 6. part. 4. Mieres de maioratu. 2. part. quæst. 7. numer. 1. Matienço l. 7. titul. 11. gloss. 5. num 7. lib. 5. nouæ recopilat. erat enim Antonius de Moura pater Rei in 6. consanguinitatis cum vltimo possessore actrix vero in septimo.

2 Hoc supposito videbatur frustra prætendere Actricem se probare proximiorem, & præferendã eo quod mater vltimi possessoris, cum maternitatis qualitas sit impertinens, cap. 1. §. his vero post princip. de successione fratrum, vbi frater vtrinque coniunctus, fratri coniuncto ex parte patris non præfertur explicat Ripa in l si ventris § in bonis num. 5. ff. de priuil. creditor. Decius cons. 444 n 5. Tiraq. cessante caus. limit. 22. num. 17. & de retract. titul. 1 §. 14. gloss. 2. num 10. ex celebri doctrina Bald in l 1. C. de legit. hæred numer. 1 & 2. Gama decis. 258. num. 4. vbi Flores num 259 Surdus cons. 120 num 13 sicut alias exponitur in enuntiationibus modalibus, qui se vellet probare de Regia stirpe non bene argueret Petrus est de Regia stirpe ego sum consanguineus Petri ergo de Regia stirpe, quia possum attingere Petrum de parte matris, vel Petrus est bonus & literatus, ergo est bonus literatus possunt enim hæc non coniungi diuersis respectibus. Et vltra ea quæ in d. decis. 5. ponderabam facit optimum simile de successione illigitimorum inter quos coniunctio paterna nõ consideratur, quia in fratribus illigitimis non considera tur coniunctio ex vtroque latere, vnde si quis habuerit fratrem illigitimũ ex eadem matre natum, & alterum ex eadem matre, & eodem patre, vterque insimul ad eius successionem admittetur, ratio est quia licet in fratribus legitimis consideretur coniunctio ex vtroque latere, auth. itaque C. commun. de successio. circa illigitimos nihil operatur, paterna coniunctio, nam illigitimi ex paterno latere non habent inter se ius succedendi. l. si spurius ff. vnde agnati, ita vt nati ex eodem patre, & diuersis concubinis, inter se non succedant, gloss. in l. hac parte. ff. vnde cognati, recepta ex Baptista in l si qua illustris num 66 & 74. C. ad Orfician. gloss l. 9. Taur. nu. 47. Ordin in 4. titul. 93 ibi, *de sua mãy*.

Cum ergo consideretur tantum cognatio ex parte matris non attenditur ex parte patris, nec illud duplex vinculũ iuxta doctrinã Bald. in l. 1. C. de legit. hæred. & in l. cum proponat 2. C. de pact. num 2. Crotus in l. filius § diui num. 5. & 161. ff. de legat. 1. Vnde consuluit Curtius Iunior cons. 78. quod si emphyteusis concedatur pro se, & descendentibus masculis non est præferendus qui per lineam maternam coniunctus est, ita dixit Barbosa in l. ex facto. §. si quis. ff. ad Trebell. quamuis contradicat Gregor in l vlt. §. vulgo quæsito, num. 15. instit. de successio. cognator Gomes d. l. 9. n 50. quorum sententia confunditur ex doctrina Baldi in d. l. 1.

Vnde fit quod cum Reus sit masculus, & sit in secunda linea, & D. Philippa in tertia, vt est in confesso inter partes, finita linea primogeniti secunda linea admittenda sit, vt in c. 1. §. fin. de natura success. feud. Paulus cons 164. num. 4. libr. 2. quia filij ad instar successorij edicti admittuntur Molin lib 3. cap. 6. num. 30 Guilelm. de Monserra. in tractat. de successio. Regum Franciæ super 1. dub num 8. volum 13 tractatuum diuersor. & nu. 34 vers. in ratione. Paris. cons. 72. nu. 183. vol. 4. Gutierr. lib. 2 Canoni c. 14. num. 51. quia defficiente primogenito secundogenitus primogeniti ius nanciscitur,

eiscitur, gloss. in cap. licet de voto, verbo priuandum, vbi Abb. notab 5. Gutierr. vbi supra nu. 56. & lib. 3. pract. quæst. 67. num. 21. & 22. & cons. 13. num. 21.

3 Nec pro D. Philippa facit quod tanquam ascendens potest admitti ad successionem primi maioratus, quia constabat ipsum institutum fuisse in vltima volūtate quo casu seruādus est ordo successionis ac in fideicōmissis, Molin. de primogen. libr. 1. cap. 1. nu. 9. Valasc. 2. tom. cons. 122. num. 1. & 16 & 184. num. 17. quorum fideicommissorum successio de iure est eadem ac successionis abintestato quæ ad ascendentes transit. l. vlt. C. de verbor signi. l. cum ita. §. in fideicommisso ff de legatis. 2. Molin. lib. 1 cap 5. num. 26. & cap. 7. num. 20. Grassus. §. fideicommissum quæst. 11 num 5. Valasc. quæst. 50 num. 35. Decian. respons 110. num. 10 lib 3. & mater defficientibus descendentibus admittitur. § primo gradu instit de gradib. auth. de hæred abintestato § 1. auth defuncto C. ad Tertul. ibi, *parentes salua gradus prærogatiua*, Ord. lib 4 titul. 21. Satisfit namque quod falsum est maioratus defferri titulo hæreditario etiamsi fiant in testamētis, quia defferuntur iure sanguinis saltem postquam primus in eis successit, tam attento iure quam generali consuetudine, Molin libr. 1. cap. 8. per tot. & præcipue num. 2. & 10. probant Gregor. Pinel. & alij citati á Molin Theolog. 3. tom. disputat. 617. num. 2. fol. 316.

4 Nec tandem facit pro dict. D. Philippa quod ius renouationis transit ad matrem in emphyteusi etiamsi nō sit de sanguine, Valasc. cons. 101. num. 1. & 123. nu. 6. Caldas Pereira de nomi. quæst. 9. num 16. quia respondetur quod hoc ius renouandi est hæreditarium, idem D. Caldas de renouat. quæst 9 numer. 24. Gama decis. 326. vnde si mater sit hæres, nihil mirum si admittatur in maioratibus vero iure sanguinis succeditur, Molin de primogen. lib. 1. cap. 8 deinde etiamsi hoc admittatur in emphyteusi hæreditaria in ea quæ relicta est familiæ, non alij succedunt quam illi qui sunt de familia, & sanguine, Gama dict. decis. 326. num. 7. D. Caldas d. quæst. 9. num. 13. & 18. in fine, Molin. libr. 1. cap. 24. num. 41. Valasc. dict. cons. 101. num. 1. in fine.

8 Secunda quæstio est, an saltem in dicto tertio maioratu, mater admittenda sit in quo reperiuntur inuitati ascendentes, ibi, *E sendo caso que delle Aluaro Gonçaluez ou de seu netto não fiquem descendentes, ou ascendentes, que succedão no ditto morgado venha à parentes transuersais*; quibus verbis non est dubium testatorem successionem eorum bonorum ad similitudinem successionis abintestato ordinasse, vocando descendentes, & præferendo transuersalibus ascendentes, quæ verba sunt dispositiua ex reg. l. iam hoc iure. ff. de vulgari, cum traditis per Molin. lib. 1. cap 6. num. 3. quia non possunt eadem verba esse dispositiua respectu descendentium, & conditionalia non dispositiua respectu ascendentium, ex his quæ Couar. in cap. Raynutius § 3. Costa in cap. si pater, verbo si absque liberis nu. 54. Gabriel lib. 4. commun. titul de fideicommiss. conclus. 4 Peregrin. art. 28. á princip. Mantica de coniectur. libr. 11. titul. 2. num. 1.

Sed his non obstantibus verius videtur quod in hac clausula ascendentes non sunt positi in dispositione, sed in conditione, vnde succedit regula quod positi in conditione non censeantur vocati, l. Lutius. 2. ff. de hæred. instituendis, Molin. libr. 1. cap 6. num 1. Mantica lib. 8. titul. 1 num. 24. Prætis libr. 3. solut. 2. num. 3. quod ita accipi debet ne sequatur illud absurdum quod mater quæ non est de

familia

familia possit succedere.

6 Et quamuis aliquibus videri poterit hæc responsio non satis tuta quia in maioratibus limitari solet supradicta regula, vt positi in cõditione censeantur in dispositione vocati vt per supracitatos,& vltra eos Salzed. in additio ad Bernard. reg 739. Zeuallos q 94.& q. 277. Castillo quotidian libr 2. cap.2. & in specie Molin. lib 1.cap 6.num.2. quia maioratus & fideicommissa relinquntur pro con seruatione familiæ, quod æqualiter influit in descendentes, ac transuersales, Molin. d. cap. 6. nu.3.

Illud tamen notandum est,quod vt positi in conditione censeantur positi in dispositione, saltem requiritur vt repetantur positi in conditione successionis Prætis vbi supra solutio. 3. num 2. & si notamus in hac institutione nihil disponebat circa successionem testator, quando vocauit ascendentes. quia iam supra disposuerat, sed solum agebat de fructibus, quos limitabat, quando deuenisset ad transuersales & tũc loquitur de ascendentibus, & hoc modo per subauditum intellectum admitterentur ascẽdentes, quos non vocauit vbi disposuit nisi vbi incidentur agit arg. l ex his C de testam. milit. D. Caldas de nominat.quæst.1. num.41. & succedit regula l cum tale, §. fin. ff. de condit. & demonstrat ibi, *quia non animo legandi sed minuendi, &c.* qui sensus accipiendus est quando hic sensus ex finalibus verbis elicitus, repugnat his quæ in principio disposuerat cum repugnantia in eadem dispositione præsumi non posit.

Insuper satisfit quod esto agnoscamus, ascendentes esse in dispositione positos & vocatos, non ideo Actrix vocata debet censeri, quod mater sit vltimi possessoris, quia debet intelligi de ascendenti, quando casus occurrat in quo ascendens sit proximior, & de sanguine vltimi possessoris. Veluti si ponamus duxisse vxorem filiam fratris sui, quo mortuo relicto filio. postea filius ipse occubuit, non ne mater ipsius reliquos collaterales excludit? nemo negabit, quia eo casu ascendens respectu primi cui succeditur descendit. quia sicut mater non acquirit qualitatem vt præcedat, non amittit qualitatem quam habet vt ab alijs præcedatur, quod autem hic fuerit sensus horum verborum patet ex verbis sequentibus, vbi taxatiue nominat, *ascendentes que succedão no ditto morgado*, quod relatiuum positum sine copula, restringit genus præcedens, l. ea tamen adiectio ff de legat 3. Bart in l.omnes populli ff de Iustitia & iure, Alphanus Collectanea 56. vt intelligatur de ascendente aliàs proximiore.

7 Deinde. hic sensus qui in se verus est, colligitur ex quadam vltima dispositione celebrata ab ipso testatore, in qua disposuit quod non succederet nisi ille qui ex suo sanguine descenderet per lineam rectam, quæ clausula cum vltima sit, præcedentibus derogat l. si quis in principio ff de legat 3. l pacta nouissima Codic. de pactis, & cum fuerit apposita ex interuallo præsumitur animo reuocandi, qui sensus amplectendus est quia per illum acceditur iuri communi, & ad primas vocationes, cap. ab exordio 32. distinct .l. si vnus.§ pactus. ff de pact.

8 Verum hoc fundamentum non credebam solidum quia constabat maioratum fuisse institutum per contractum in testamento celebratum prout fieri potest, ex l. hæredes palam §.vltim. ff. de testament. Tiraq. de iure mariti gloss. 5. numer. 101. vnde quamuis testamentum reuocetur valet contractus Tiraquellus vbi supra numero 102. Dominus Caldas 3. part. cap. 8. numero 2. & quod celebratus

celebratus fuisset contractus constat quia filius consensit & eius vxor ex quibus elicitur contractum fuisse celebratum, sicque testatorem sæpius appellasse, & sequtam fuisse acceptationem primi vocati cui traditio suo nomine, & sequentium facta censetur per ipsam inuestituram quia maioratus regulantur per l. quoties. C. de donat. quæ sub modo. Oldrad cons. 224. num. 28. in fine, Costa de maiorat. 1. part. num. 6. Valasc. quæst 50. col. pen. & perfecta donatio non reuocatur. l. perfecta donatio C. illo titul. Roman. consil. 171. num. 7. Tiraquell. in l. si vnquam, verbo libertis numer. 19. Mieres de maiorat. 1. part. quæst. 22. num. 7. Molin. libr. 1. cap. 4. num. 37. facit Ordinat. libr. 4. titul. 55. Couar. libr. 1. resolu. cap. 14. ex num. 11. Clarus § donatio quæst. 13. Molin. libr. 4. de primogen. cap. 2. num. 68. Gomes l. 40. Taur. numer. 34. Auend. in l. 44. gloss. 12. vers. Ex quo, Soares in l. quoniam quæstio. 8. & allegat. cap. 9. num. 4. vers. vltimo, Mieres de maiorat. quæstio. 36. qui contractus celebratus ratione oneris impositi annexandi partem bonorum, l. ex placito vbi Bart. & Bald & Salycet. C. de rerum permut. quamuis enim in Regno Castellæ primus institutor etiam si per contractum maioratum instituat reuocare posit quoad viuit, l. 4. titul. 7. lib. 5. nouæ recopil. (in hoc regno non habemus legem similem) de quo Clarus §. donatio quæst. 4. nu. 4. Salon. q. 10. Xuares in d. l. quoniam q. 8. nu 2. Couar. d. c. 14 nu. 13. Abeued. in l. 11. titul. 6. num. 19. lib. 8. Matienço l. 7. titul 10. gloss 5. Valasc. consil. 122. num. 2 & consil 130. num. 17. atque ex his priori solutioni ad hærendum est quæ & vera, & dispositionem ad ius commune reducit.

Tertia quæstio est an in legitima d. Antonij de Moura eo quod ipse in maioratu non successerit, sed eius filius, debeat censeri dispositionem caducasse seu irritam effici, ita vt eius filius titulo hæreditario d. legitimam acceperit, & per consequens eam ad matrem & hæredem transmiserit.

9 Et videtur quod talis consensus Antonij præstiti dum esse in potestate parentis, cum adhuc esset minor, est nullius effectus, vt filio obesse posit, in sua legitima, & per consequens eius matri ratione legitimæ successionis. ex regula cap. quamuis pactum de pact. libr. 6. & his quæ Couar. in cap. Raynaldus § 2. num. 4. vbi habet quod filius non potest consentire grauamini in sua legitima, & quod reuocabitur ab eius filijs, titulo inofficiosæ donationis, vel ex ratione, l. si vnquam C. de reuocat. donatio. siquidem inofficiosa renuntiatio aut remissio reuocatur tanquam inofficiosa donatio, & tandem subdit quod quamuis hic consensus respiciat ius quærendum, quod non est consideratione dignum, tamen attenta Doctorum dubitatione an filius posit grauamini in sua legitima consentire prædicto modo temperabitur, vt in præiudicium liberorum non valeat, & inquit idem esse in consensu adhibito, ad exhæredationem, qui matri etiam non nocet, quia est tertia persona cui talis renuntiatio etiam iurata non potest nocere, dict. cap. quamuis, ibi, *ne redundet in alterius detrimentum.*

Quibus accedit minor ætas vltimi possessoris & læsio quæ intercessit, cuius respectu transit ad matrem, tanquam hæredem beneficium restitutionis, l. non solum. ff. de in integrum restitutio, quæ læsio comprobatur ex valore legitimæ quæ excedebat tertias parentũ nec huic restitutioni potest obesse si vltimus possessor filius aliquẽ fecit actũ, approbatoriũ vinculi, quia hoc non obest matri, respectu iuris quæsiti ipsi filio respectu legiti-

legitimæ matri debitæ cum in effectu sit donatio inofficiosa.

10 Sed verius est consensum filij etiam non iuratum valere vt legitimæ fiat annexio maioratui, cum filij fiat melior conditio recipiendo parentum tertias, ex gloss. fin. in l. si quando C. de inoffici testam qui & se præteriri consentire potest, l. non putauit. §. si quis sua manu ff. de bonorũ poss contra tabul. & est communis opinio vt per Gutierr. in d. cap quamuis pactum in princip. num. 27. & lib. 3. practicar quæst. 75. num. 2. Molin. Theolog disputat. 579. num. 37. alter Molin. de primogen. lib. 2. cap 3. nu. 7. & num. 43. vbi habet quod etiamsi iuramentũ non intercedat nihilominus valet, quia maioratus de rebus alienis consentiente vero domino fieri potest, Auenda in l. 17. Taur gloss 4. num. 1. & quod noceat talis consensus filijs & nepotibus Xuares & alij quos citat Gutierr. in d. princip. num. 32. & 40. & lib. 3. practic. quæst. 84. num. 11. Vnde pro contraria parte sententia Couarr. est singularis, & licet aliqui teneant non obstante consensu filij grauamen remouendum, contraria est communis, & per eam tenemur iudicare in hoc Regno ex Ordinat. libr. 3. titul. 64.

11 Cuius communis sententiæ ratio ea videtur esse quia filius in vita patris nullum ius habet in eius bonis, etiam quoad legitimam, nec etiam in spe considerabile Gutierr. libr 3 pract. quæst. 85. num. 28. & quæst. 41. nu. 22. & sic potest huic iuri quærendo renuntiari, vt noceat filijs, Gutierr. in dict princip num. 29. & quod hoc casu non habeat locum dict. l. si vnquam, Ripa quæst. 11. num 20. & 21. Tiraq. verbo donatione num. 180. videndus Xuares in l. quoniam ampliat. 10. ex num. 31. Gomes l. 22. Tauri num. 5. Padilla in l. cum donationis num. 4. ad fin. C. de transactio. Couar. in dict. cap Raynaldus §. 2. num. 2. Molin. de Iustit. disput. 579. nu. 37.

12 Nec supradictis obstat consideratio minoris ætatis vltimi possessoris, & læsionis ex prædicto consensu patris, quia respondetur quod pater potuit filio præiudicare, & vltra quod nunquam contradixit, imò succedendo & tacendo approbauit, nulla læsio considerari potest, nisi ex effectu, & casu qui non consideratur arg. l. successori 12. ff. de negot gest. ibi, *ibi diuersus exitus sit, &c.* quia scilicet contigerit quod moreretur, non relictis filijs, & læsio non metitur ab euentu sed à re ipsa, Ordinat. libr. 4. titul 13. in princip. l. si voluntate. C. de rescindenda venditio, vltra quod dictus maioratus fuit confirmatus à Principe, ex certa scientia, & forma speciali, quæ validat actum cap. 1. vbi Scribentes, & cap veniens de transactio. l. adoptio. ff. de adoptio. Molin. libr. 2. cap. 7. nu. 6. & 8. & sufficit quod confirmatio subsequatur mortem institutoris, ex Gregor. in l 31. verbo no valdra, titul 9. part. 6. tres casus distinguit Molin. disputat. 598. Hæc tamen confirmatio facta fuit in vita institutoris, & licet eius vxor iam tunc mortua esset vt videatur filio iam delatam matris hæreditatem ac legitimam, & ideo confirmationem illi præiudicare non posse, vt per Molin vbi supra num. 19. vers. Hoc fallit quando vnicus est filius in cuius persona maioratus institutus est, quia tunc ad instantiam huius filij vnici maioratus confirmari potest, Molin. vbi supra num. 34. maxime quia nec talis confirmatio erat necessaria.

13 Vnde sufficit vltimi possessoris approbatio saltem tacita dum possedit hæc bona sub hoc vinculo dum vixit, nam vbi consensus requiritur ad validitatem actus, probatur intercessisse spatio longi temporis Doctores in cap. peruenit de emptione,

Mascard.

Mascard conclus.417.numer.2. quod maxime procedit in hoc casu in quo nullum filij præiuditium considerari poterat, cum tertias parentum acciperet, Padilla in l. cum donationis num.4. Cod. de transactio. D.Caldas 3.part cap.16.num.29. Peregrin.lib.1. cons 40 num 9. Roland. consl.62.nu. 11. lib.3.

14 Nec obstabit quod non obstante approbatione tacita quinimò nec expressa poterat filius contra consensum insurgere, ex reg.l. si quando §. illud C. de inoffici. testam. quia omissis alijs intellectibus quos citat Soares dict.loco optima est sententia, quam sequitur nu 37. quod hoc procedit quando pactum vel approbatio facta fuit ante vel post testamentum, quia tunc continet pactum de futura successione negatiuum, quod non valet l.pactum. Cod. de collatio. at vero doctrina gloss. & communis procedit in ipso actu testandi, in quo si intercedit consensus filij, valet, quia habet vim cuiusdam remunerationis de præsenti, Barbosa in priuatis scholijs ad l.nemo potest ff. de legat.1.

Nec de læsione allegata curandum erat quia hæc competebat ex persona defuncti l.2. §.sciendum. ff.de minor. constabat autem defunctum nō fuisse læsum imò vtiliter consensisse si viueret.

15 Circa vltimam quæstionem non est dubium teneri possessorem maioratus eiusque hæredes deteriorationes cōsulto factas rependere prout in præsenti casu in quo constabat possessorem siluam cædisse vt ligna venderet quæ non erat cædua, & succedit reg. l. Imperator.ff. ad Trebell. qui tex. procedit in dolosa dilapidatione vt intelligit Molin. lib.1 cap 16. num.12. qui dolus non ex sola machinatione sed ex re ipsa colligitur vt in eo qui cædit siluam non cæduam ex Bart.in d.l.Imperator num. 1. & alijs quos citat ibi Molin.

Ex quibus sententiam Præsidis cōfirmandam duximus, & antequam sententia scriberetur partes composuerunt inter se, & D. Philippa maioratus omnes dimisit in fauorem dicto Roderici fuit. Scriba Francisco de Gouuea.

SVMMARIA.

1 *Dos data filiæ non reuocatur matrimonio constante.*

2 *Ab habente rem titulo oneroso non auocatur nisi probetur fraudem participasse.*

Ex donatione omnium bonorum quando fraus præsumatur. ibi.

3 *Præsumptiones sufficiunt vt fraus dicatur intercessisse.*

4 *Fauiana & Pauliana ad quid introducta.*

Gesta in fraudē creditorū valēt ibi.

5 *Fraus requiritur vt sit re & consilio.*

6 *Differentia inter fraudem titulo lucratiuo vel oneroso.*

7 *Quæ sint fraudis præsumptiones.*

Qui debet & donat omnia bona dicitur fraudare. ibi.

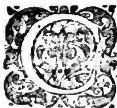
Idem in venditione maioris partis bonorum. ibi.

8 *Explicata l.omnes.§.Lutius.ff.quæ in fraud.*

DECI-

DECISIO XXXXIX.

An donatio omnium bonorum facta ex titulo oneroso dotis censeatur facta in fraudem creditorum, Ordin.lib.4.titul.48.



1 Vm diuersis creditoribus teneretur quædam mulier, amplissimam donationem, omniũ suorum bonorum, in generum suum dotis titulo, fecit creditor qui Benedictus Domingues dicebatur, generum, & donatarium Simonem Barreto, conuenit, vt ex bonis donatricis sibi solueret; cumque Reus in prima instantia esset condemnatus, causa delata fuit ad senatum, & controuertebatur, an dos subiecta esset creditoribus dotantis, & videbatur dotem datam filiæ, & genero etiam in fraudem creditorum, non reuocari matrimonio constante, ex l. fin. §. si a socero. ff. quæ in fraudem creditor, ibi, *In maritum autem qui ignorauerit, non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui à fraudatore quod ei deberetur accepit, cum is indotatam vxorem ducturus non fuerit,* Valasc. consi 188. numer 8 quia cum gener dotem ex titulo oneroso accipiat, succedit regula quod ab habente, rem titulo oneroso, non potest fieri auocatio, nisi constet donatarium fraudem participasse, l qui antem § hoc edictum, & § simili modo ff. quæ in fraud. creditor, Barbos. 4 part. l. 1. numer. 79 & 1. part. l. 2. num. 172. adeo vt licet omnia bona sua in dotem dederit, & videatur habere locum regula, l omnes §. Lucius ff. quæ in fraud. vbi fraus præsumitur ex donatione omnium bonorum, quod communis etiam ad contractum onerosum extendit, vt per Ias. in §. si quis in fraudem instit. de actio num. 34 Conan lib. 5 comment. cap fin. num. 3. adeo vt ex vtraque parte fraus præsumatur; tamen Ias. ibi num 35. requirit vt venditio fiat, cum modicitate pretij, vt fraus detur, atque ex his sententia reuocanda videbatur.

3 In contrariam opinionem trahit quod vt fraus intercessisse dicatur sufficiunt ipsius præsumptiones ex notatis in cap. 2. de renuntia. libr. 6. Tiraquell. de retract. titul. 1. gloss. 4. num 58 quæ facilius inter coniunctos præsumitur, l data Cod. de donatio. Valasc. consi 154. num. 16. vnde talis donatio omnium bonorum inualida censeri debet, ex reg. dict. §. Lucius, deinde quia dotans non tenetur vltra quam facere potest, § sed & si quis instit de actio. l. hæreditatem. § vltim. ff. de re iudicata, vnde cum mater donare non posset, ea quæ debebat creditoribus, in ea parte donatio valere nequit

4 In fauorem huius vltimæ opinionis considerabam reuocatoriam Fauianã, & Paulianã quam sic vocat, l videamus 2 § in Fauiana. ff de vsur. à Prætore institutam fuisse, vt in l. 1. & l ait prætor ff quæ in fraud. creditorum, vt succurratur creditoribus, aduersus à debitoribus gesta, in ipsorum fraudem & differt à fraudatorio

interdicto, quia illud non in creditorum fraudem, sed in fauorem eorum vergit, velut quia debitor ex aliena pecunia creditori scienti soluit, de quo in l pupilli 96. ff de solutio arg. l si postulante 67. ff ad Trebell. ratio huius interdicti est, quia licet gesta in fraudem legis, non valeant, l. non dubium C. de legib. tamen gesta in fraudem creditorum valent, ex tex. in l si libertus. ff. de iur. patrona. quibus cum iure ciuili succursum non esset, quia post dissipatum patrimonium, bonis cedere possent, merito prætor ex æquitate hanc actionem introduxit, Mayn. libr. 2. de actio. cap. 8.

5 Fraus autem requiritur re, & consilio, per tex. in l. ait prætor. § 1. cum sequentibus, l. si quis cum haberet ff quæ in fraud. creditor, qualiter autem hæc fraus probari possit, est tex. in l. omnes § Lutius. ff eod titul. l. lata Cod de donatio. l. non solum, l. fin. ff. ritu nuptiar. Ias in § itē si quis in fraudem num. 36 Fulgosius in dict. § Lutius, Bart in l post contractum ff de donatio. Alciat. in l. si maior. C. de transactio. Mayn libr. 2. action cap. 8. Stracha titul. de decoctoribus. 3 p. ex numer. 36. Conan. libr. 8. capit fin. num. 3 ad fin.

6 Vnde longe differt vel fraus contingat in alienationibus, ex titulo lucratiuo, vel oneroso; primo casu namque sufficit vt fraus, ex altera tantum parte intercedat, veluti donatoris, tex. in dict. l. qui autem. § simili modo, Mayn. libr. 2. action. capit. 9. Costa in cap. si pater 3 part. verbo priuare num. 27. Couar. libr. 2 variar. cap. 16. num. 5. Conan libr. 5. capit 11. num. 4. Vand de priuil credit. cap. 11. num. 2. In secundo vero casu, requiritur fraus ex vtraque parte, dict. l ait prætor cum suis §§.

7 Inter autem vehementissimas, fraudulentæ alienationis coniecturas, illa est, quando debitor alienat omnia bona, nam ex eo censetur facere in fraudem, communis ex Ias. in dict. §. item si quis num. 34. inst. de actio. Gomes l. 9 Taur n. 26. Conan. libr 5. cap fin. num 3. Stracha dict. 3. part. num. 29. Mayn. d cap 8.

Quæ regula tam procedit in alienationibus ex titulo lucratiuo, quam oneroso, gloss. in l. qui testamentum, & in l. patronus. ff de probatio tex in l. omnes § Lutius. ff. quæ in fraudem, vbi tex. agit de donatione nec requirit, quod donatarius fraudis fuerit particeps, vt in vers. ideoque, maxime quia in donatione omnium bonorum facta ab eo qui scit se habere creditores, nullo modo fraudis excusatio allegari potest, prout communis opinio tenet, quæ in eo casu fraudem præsumit intercessisse, ex vtraque parte, Tiraquell de præscript fol 9. vers. tu autem, Couar in cap. Raynutius §. 11. num 1 adeo vt nec probatio ignorantiæ excuset, recipientem, quem suppositiua legis præsumptio conuincit. quod idem ampliatur, ad venditionem maioris partis bonorum, vt est communis, ex supracitatis argum. gloss. verbo omnis substantia, in l. nomen 33. §. filio ff de legat. 3. recepta ex Ias. in dict § itē si quis n. 40. Stacha. dict num 29. Afflict. decis. 370 num. 13. quod tamen semper intelligendum est, quando bona non supersint, ex quibus valeat satisfieri creditoribus.

8 Atque ex his regula d. § Lutius procedit, tam in donatione quam in contractu oneroso, vt patet ibi verbo alienauit, quod omnem contractum comprehendit, l. alienationis. ff. de verbor signi prosequitur Barça de non meliorand. filiab. cap. 32. à princ. & num. 17. Angulo in l. 7. gloss. 2. nu. 9 & 10. & pro ea parte est l. 3 titul. 8. lib. 5. ordinam. & apud nos Ordinat. lib. 4. titul. 96.

Et

Et licet hoc esset controuersum de iure, apud nos est extra omnem dubitationis aleam, quia vltra quod est opinio Bart. in d §. Lutius in fin est gloss. in l. qui post testamentum. §. modum ff. de probatio. & succedit Ordinatio libr 3. titul 64. & quamuis Ias. quem primus senator adducit, num. 35. teneat quod in venditione requiritur modicitas pretij, in hoc non est communiter receptus.

Ex quibus cum in præsenti proponatur omnium bonorum donatio, licet ex causa dotis tamen adhuc ex vtraque parte præsumitur fraudem intercessisse, vt durante matrimonio dos reuocari valeat, & sententiam senatus censuit confirmandam. Scriba Garces.

SVMMARIA.

1 *Debita ante matrimonium contracta soluenda sunt ex bonis coniugis debitoris tantum. ibi.*
Ordinat. lib. 4. titul. 95. §. 4.

2 *Ordinat. libr. 4. titul. 47. explicatur.*
Æs alienum non dicitur esse in bonis. ibi.

3 *Debita quæ fiunt ratione futuri matrimonij licet à parte ante tamen censura iuris dicuntur esse illius matrimonij.*
Consumptione & vsu vterque coniux fit debitor, debiti ante matrimonium contracti. ibi. ad fin.

4 *Debita ante matrimonium conflata ex parte tantum mariti solui debent.*

5 *An debita quæ præcedunt nuptias solui debeant de lucratis, & ad hoc debeat fieri diuisio.*

6 *Ordinat. lib. 4. titul. 95. §. 4. ibi,* & somente.
Acquisita durante societate diuidi non debent.

7 *Maritus constante matrimonio potest acquisita alienare.*

8 *Distinctio est facienda in solutione debitorum ex lucratis inter maritum & vxorem.*
Maritus si soluit sua debita ex lucratis soluto matrimonio imputabitur in eius portionem. ibi.

9 *Si petatur executio contra vxorem in sola dote potest fieri non in lucratis.*

DECISIO L.

An maritus ære alieno grauatus communicet vxori omnia sua bona quæ possidet, ita vt à communi aceruo debeant solui talia debita, ad Ord. lib. 4. tit. 95. §. 4. & lib. 4. titul. 47.



1 Oluto matrimonio Frãciscus de Sousa, mobilia filiorum æstimata accepit, seque debitorem vnius cuiusque filij, in 100 mille nummos, in inuentario constituit, postea ad secundas nuptias conuolauit, & vxori omnia bona sua, atq; illa etiã mobilia quæ emerat cõmunicauit, iuxta Ord. lib. 4. tit. 47. mortua secunda vxore, filij debitũ legitimæ, sibi assignatæ, in bonis mobilibus prioris matrimonij petebant, quod tamen ipse pater de communi aceruo bonorum, secundæ vxoris, detrahendum asserebat, quia ipse mobilia, sic empta cõmunicauerat, cum secunda vxore, ratione quorum debitor extiterat. hæredes vxoris instabant, illud debitum conflatum ante secundas nuptias fuisse, & manere propriũ viri, & ex suis bonis nõ de cõmuni aceruo soluendum, ex Ord lib. 4. tit. 95. § 4. quæ dubium expresse decidit, ibi, *se ao tempo que casarão cada hũ tinha diuidas que deuesse à credores, não serà obrigado o outro as dittas diuidas, em tempo algũ, nem se farà execução nos bẽs que trouxer em parte nem em todo, em quãto o matrimonio entre elles durar, &c.* facit Ord lib 4. tit. 44. § 10 & 11. & lib. 5. tit. 6 § 20 Roland cons. 9. nu 17 lib 1. Ayora de parti. 1. part. c. 7. Barbos in l. si constante à nu. 47. & 51. ff solu. matrim. Valasc. cons 118. nu. 10. Gama decis 186 & 188. & decis 367. & 200 Cabed. decis. 131. idem Valasc de partitio cap 23 ex nu 11.

2 Deinde quia Ordinat. lib. 4. tit. 47. cõmunicationem inducit omniũ bonorum inter coniuges circa bona ipsorum æs autem alienũ non potest dici, & haberi pro bonis mariti, cum imò extra bona sit, ipsaq; bona diminuat, patet ex d Ordin. in §. 1. ibi, *serão meeyros em seus bẽs, & fazẽda*, illud enim verbum *seus* denotat proprietatem, & dominium, l singularia ff si cert. petat. tex. in c. tua de decimis, verbo suas, vbi Scribentes, licet aliquando secundum materiam subiectam, possit vsum vel vsumfructum respicere, arg. cap. si tibi absenti de præbend. in 6 ibi, *vt tuum dici valeat, &c.* prosequitur D. Caldas Pereira de emptione cap. 9. à nu. 37. tamen quoad nostrum propositũ, omnia quæ mariti sunt, vel in vsu, vel vsufructu, vel in proprietate, aut possessione consistant, cõmunia efficiuntur, non tantũ æs alienum, quod in bonis non est, sicque deducitur, ex Ord d. tit. 95. § 4. ibi, *somente se poderà fazer execução nos bẽs que aquelle q̃ era deuedor trouxe consigo*, explicat late Valasc. de partitio. c 23 n. 11. Cabed dec. 131. & Aresto. 20. Ayora de partitio. 1. p. c. 7. Barbos in l. si constante à nu. 47 & 51. ff. sol matri. & in l. 1. 3 p. nu 57. idem Valasc. cons. 118 nu. 10. Gutierr pract. q. 128 lib. 2. ad fin. Gama d decis 186. & 366. & 188 & decis. 200.

3 Pro marito vrgebat, quod cũ bona illa emisset, eaq; in cõmunicationem deduxisset, illud æs alienũ, conflatũ censebatur ratione futuri matrimonij. & cõmunicandũ, quasi cõmune debitũ, nam cũ mobilia empta in commune deducta fuerint, & vtriusq; coniugis vsu consumpta, cõmuni causa cen-

sa censentur empta, sicut alias vxor quæ non tenetur ad debita matrimonio constante conflata, ex suis bonis dotalibus, quia dotẽ deducere potest, solusque maritus tenetur ex lucris communibus soluere, vel illis non extantibus, de suo, aut quando vxor lucris renuntiat, Pallati in rub. § 66 nu. 2. Cassan. rubr 4. §. 29. vers. quæro an mulier, tamen adhuc eo casu, etiam non extante lucro vel illa renuntiante lucro, si quid expensum sit, in alenda familia, vel vxore ratione societatis, vtique ipsa pro sua parte, etiam ex dotalibus rependet, quod idem obtinet, quando pecunia antea accepta, postea versa sit in vtilitatem vxoris, ex Palla vbi supra num. 5. Bart. in l his solis. ff. condict. indebit. sic limitata l. prouidendum. C. de decurio. libr. 10. quam adducit ad propositum Romanus singul 484. prosequitur Gama decis. 366 á nu. 7. á fortiori ergo, quando in forma iuris Regij contrahitur, occasione enim societatis, dicuntur empta mobilia, quæ ad communem illius vsum, necessaria erant. l. cum duobus §. quidam sagariam. ff. pro socio, & ideo damnum commune est, & quicquid ratione societatis impensum est, l. pro socio. ff eod, per ea quæ Bartol in l socium § socius eod titul. Nec obstant quæ Gama decis 177 per tot. vbi in hoc eodem casu, de sola parte mariti debitum deducendum asserit, ex tex. in l. sed neque, & in l. omne ff pro socio, Valasc. conf. 118. numer. 14. nam si bene perpendantur, loquuntur casu quo, maritus iam ante secundas nuptias bona filiorum consumpserat, quod secus est, quando illa eadem bona in societatem adducuntur, quorũ consumptione, & vsu, vterq; coniux se debitorem facit, nam si talia bona extarent, possent vendi, & reddi filijs, ipsorũ pretium dum ergo vxor illis vtitur, soluendam assumit suã partẽ, prosequitur eleganter. Valas. cõs. 103. n. 35.

4 Verum his non obstantibus, senatus censuit, d. æs alienum ex parte bonorũ mariti, tantũ exoluendũ, esse ex generali regula Ordin. lib. 4. titul. 95. §. 4. quę solam partem mariti, & lucra pro sua parte, debitis ante matrimonium contractis addicit, ex notatis per Bartol in l. 1. §. si cohæredem. ff. ad l. Falcid. Ias in §. in personam nu. 12. de actio, Guido decis. 447 Gama d. decis. 366 nu. 6. quos citat Valas de partitio d. c. 23. nu. 11. Rolandus cons. 91. nu. 17. lib. 1. idem Gama d. decis 177 & Valas. d cons 118 n. 14. Vnde cum in præsenti maritus, titulo emptionis dominus effectus esset mobilium, non potest dici respectu societatis nondum initæ id fecisse, vt habeat locum regula d. l. pro socio cum similibus, atque ideo illud debitum ex sua tantũ parte soluet, & ex lucratis matrimonio constante, nec obstant quæ Valasc. d. cons. 103. quia supponit solutũ ex illis bonis matrimonio constante quod longe differt à nostro casu.

5 Vidi tamẽ dubitari à peritissimis senatoribus an illa lex Regia dum de lucratis cõstante matrimonio agit debeat intelligi, vt constante matrimonio fiat lucrorũ diuisio, vt maritus pro debitis antea contractis, vel è conuerso vxor soluat creditoribus, si ad legis Regiæ verba attẽdimus, insinuant vt quocunq; tẽpore petatur executio, vel soluto matrimonio vel constante debeat haberi ratio dotis, & lucrorum, ita vt si mulier debeat, quando nõ sufficiat dos ad debita ante matrimoniũ contracta, fiat lucrorũ seu acquisitorũ ratio, vt ex sua parte soluatur creditoribus, ibi, *somente se poderà fazer execução durando o matrimonio nos bens que assi aquelle que era deuedor trouxe consigo ao tempo que casou, & na sua ametade q̃ despois de casados forão acquiridos*; vbi illa verba durando o matrimonio, referuntur ad vtrunq; scilicet ad dotem, & acquisita, vt durante matrimonio capi possint,

DECISIO L.

An maritus ære alieno grauatus communicet vxori omnia sua bona quæ possidet, ita vt à communi aceruo debeant solui talia debita, ad Ord. lib. 4. tit. 95. §. 4. & lib. 4. titul. 47.

1 SOluto matrimonio Frãciscus de Sousa, mobilia filiorum æstimata accepit, seque debitorem vnius cuiusque filij, in 100 mille nummos, in inuentario constituit, postea ad secundas nuptias conuolauit, & vxori omnia bona sua, atq; illa etiã mobilia quæ emerat cõmunicauit, iuxta Ord. lib. 4. tit. 47. mortua secunda vxore, filij debitũ legitimæ, sibi assignatæ, in bonis mobilibus prioris matrimonij petebant, quod tamen ipse pater de communi aceruo bonorum, secundæ vxoris, detrahendum asserebat, quia ipse mobilia, sic empta cõmunicauerat, cum secunda vxore, ratione quorum debitor extiterat. hæredes vxoris instabant, illud debitum conflatum ante secundas nuptias fuisse, & manere propriũ viri, & ex suis bonis nõ de cõmuni aceruo soluendum, ex Ord lib. 4. tit. 95. § 4. quæ dubium expresse decidit, ibi, *se ao tempo que casarão cada hũ tinha diuidas que deuesse â credores, não serà obrigado o outro as dittas diuidas, em tempo algũ, nem se farà execução nos bẽs que trouxer em parte nem em todo, em quãto o matrimonio entre elles durar, &c.* facit Ord lib 4. tit. 44. § 10 & 11. & lib. 5. tit. 6 §. 20 Roland consl. 9. nu 17 lib 1. Ayora de parti. 1. part. c. 7. Barbos in l. si constante à nu 47. & 51. ff solu matrim. Valasc. consl 118. nu. 10. Gama decis 186 & 188. & decis 367. & 200 Cabed. decis. 131. idem Valasc de partitio cap 23. ex nu 11.

2 Deinde quia Ordinat. lib. 4. tit. 47. cõmunicationem inducit omniũ bonorum inter coniuges circa bona ipsorum æs autem alienũ non potest dici, & haberi pro bonis mariti, cum imò extra bona sit, ipsaq; bona diminuat, patet ex d Ordin. in §. 1. ibi, *serão meeyros em seus bẽs, & fazẽda*; illud enim verbum *seus* denotat proprietatem, & dominium, l singularia ff si cert. petat. tex. in c. tua de decimis, verbo suas, vbi Scribentes, licet aliquando secundum materiam subiectam, possit vsum vel vsumfructum respicere, arg. cap. si tibi absenti de præbend. in 6 ibi, *vt tuum dici valeat, &c.* prosequitur D. Caldas Pereira de emptione cap. 9. à nu. 37. tamen quoad nostrum propositũ, omnia quæ mariti sunt, vel in vsu, vel vsufructu, vel in proprietate, aut possessione consistant, cõmunia efficiuntur, non tantũ æs alienum, quod in bonis non est, sicque deducitur, ex Ord d. tit. 95. § 4. ibi, *somente se poderà fazer execução nos bẽs que aquelle q̃ e a deuedor trouxe consigo,* explicat late Valas. de partitio. c 23 n. 11. Cabed dec. 131. & Aresto. 20. Ayora de partitio 1. p. c. 7. Barbos in l. si constante à nu. 47 & 51. ff. sol matri. & in l. 1. 3 p. nu 57. idem Valasc. cons. 118 nu. 10. Gutierr pract. q. 128 lib. 2. ad fin. Gama d decis 186. & 366. & 188 & decis. 200.

3 Pro marito vrgebat, quod cũ bona illa emisset eaq; in cõmunicationem deduxisset, illud æs alienũ, conflatũ censebatur ratione futuri matrimonij. & cõmunicandũ, quasi cõmune debitũ, nam cũ mobilia empta in commune deducta fuerint, & vtriusq; coniugis vsu consumpta, cõmuni causa cen-

sa censentur empta, sicut alias vxor quæ non tenetur ad debita matrimonio constante conflata, ex suis bonis dotalibus, quia doté deducere potest, solusque maritus tenetur ex lucris communibus soluere, vel illis non extantibus, de suo, aut quando vxor lucris renuntiat, Pallati in rub. § 66 nu. 2. Cassan. rubr 4. §. 29. vers. quæro an mulier, tamen adhuc eo casu, etiam non extante lucro vel illa renuntiante lucro, si quid expensum sit, in alenda familia, vel vxore ratione societatis, vtique ipsa pro sua parte, etiam ex dotalibus rependet, quod idem obtinet, quando pecunia antea accepta, postea versa sit in vtilitatem vxoris, ex Palla vbi supra num. 5. Bart. in l his solis. ff. condict. indebit. sic limitata l. prouidendum. C. de decurio. libr. 10. quam adducit ad propositum Romanus singul 484. prosequitur Gama decis. 366 á nu. 7. á fortiori ergo, quando in forma iuris Regij contrahitur, occasione enim societatis, dicuntur empta mobilia, quæ ad communem illius vsum, necessaria erant. l. cum duobus §. quidam sagariam. ff. pro socio, & ideo damnum commune est, & quicquid ratione societatis impensum est, l pro socio. ff eod, per ea quæ Bartol in l socium § socius eod titul. Nec obstant quæ Gama decis 177 per tot. vbi in hoc eodem casu, de sola parte mariti debitum deducendum asserit, ex tex. in l. sed neque, & in l. omne ff pro socio, Valasc. conf. 118. numer. 14. nam si bene perpendantur, loquuntur casu quo, maritus iam ante secundas nuptias bona filiorum consumpserat, quod secus est, quando illa eadem bona in societatem adducuntur, quorũ consumptione, & vsu, vterq; coniux se debitorem facit, nam si talia bona extarent, possent vendi, & reddi filijs, ipsorũ pretium dum ergo vxor illis vtitur. soluendam assumit suã partẽ, prosequitur eleganter. Valas. cõs. 103. n. 35.

4 Verum his non obstantibus, senatus censuit, d. æs alienum ex parte bonorũ mariti, tantũ exoluendũ, esse ex generali regula Ordin. lib. 4. titul. 95. §. 4. quę solam partem mariti, & lucra pro sua parte, debitis ante matrimonium contractis addicit, ex notatis per Bartol in l. 1. § si cohæredem. ff. ad l. falcid. Ias in § in personam nu. 12. do actio, Guido decis. 447 Gama d. decis. 366 nu. 6. quos citat Valas. de partitio d. c. 23. nu. 11. Rolandus cons. 91. nu. 17. lib. 1. idem Gama d. decis 177 & Valas. d cons 118 n 14. Vnde cum in præsenti maritus, titulo emptionis dominus effectus esset mobilium, non potest dici respectu societatis nondum initæ id fecisse, vt habeat locum regula d. l. pro socio cum similibus, atque ideo illud debitum ex sua tantũ parte soluet, & ex lucratis matrimonio constante, nec obstant quæ Valasc. d. cons. 103. quia supponit solutũ ex illis bonis matrimonio constante quod longe differt à nostro casu.

5 Vidi tamẽ dubitari à peritissimis senatoribus an illa lex Regia dum de lucratis cõstante matrimonio agit debeat intelligi, vt constante matrimonio fiat lucrorũ diuisio, vt maritus pro debitis antea contractis, vel è conuerso vxor soluat creditoribus, si ad legis Regiæ verba attẽdimus, insinuant vt quocunq; tẽpore petatur executio, vel soluto matrimonio vel constante debeat haberi ratio dotis, & lucrorum, ita vt si mulier debeat, quando nõ sufficiat dos ad debita ante matrimoniũ contracta, fiat lucrorũ seu acquisitorũ ratio, vt ex sua parte soluatur creditoribus, ibi, *somente se poderà fazer execução durando o matrimonio nos bens que assi aquelle que era deuedor trouxe consigo ao tempo que casou, & na sua ametade q̃ despois de casados forão acquiridos*; vbi illa verba durando o matrimonio, referuntur ad vtrunq; scilicet ad dotem, & acquisita, vt durante matrimonio capi possint,

& in huius partis fauorem videtur inclinasse Barbosa locis supracitatis.

6 Verum ille sensus à mente legis Regiæ mihi prorsus videtur alienus, & extraneus, secundum quem Ordinatio Regia solum procedit, & loquitur, vt durante matrimonio fiat exequtio in bonis quæ socius in cõmunitatem adduxerit, nec de acquisitis agit, vt constante matrimonio capi posſint, nec de illis sentire potest, quia acquisita dum matrimonium durat, diuidi nequeunt, nisi soluta societate, vt in specie resoluit Soares titul. de las ganancias num. 58. Ioan Luppus in tract. de lucro dotis l. 14. num. 20 & 21. fol. 318. vnde cum lucrum dari non posſit, matrimonio constante, quia adhuc non apparet, an capitale saluum sit, vt lucrum quale sit, constare posſit, quia hoc perfecte non apparet nisi societate soluta, ideo licet capi posſit dos pro anteriori debito, non tamen lucrata nec ad id fieri diuisio inter coniuges, nec vnquam audiuimus, ad hunc effectũ diuisionem vnquã factã fuisse in vita, & daretur quidem manifestum absurdum, nam ponamus, quod pro debito vxoris eius pars lucrorum creditori data sit, vtique in dimidia mariti, iterum ipsa beneficio legis communicabit, cuius authoritate hæc cõmunicatio inducta est, vt per Valasc. de partitio cap. 24. num. 7. contra iuris communis regulas ex Chassan. rubr. 4. §. 2. num. 4. Craueta cons. 30. num. 2. libr. 1. Castillo in l. 46. gloss. 1. col. 3 Gomes in l. 50. Taur. num. 73. & amissa sua parte, alteram mariti consequeretur, quod quidẽ impediri non potest, quia nemo impedit legis dispositionem, l. nemo potest ff. de legat. 1. vel dicendum erit, quod maritus suam dimidietatem lucrorum præcipuam retinere potest, immunem ab omni cõmunicatione, quod quidem est in media luce calligare, & contra Ordinationem lib. 4. titul. 47. & quia mille inde sequerentur absurda nullo modo illa opinio sustineri potest.

7 Obstat tamẽ quod cõstante matrimonio maritus solus potest alienare mobilia, Valasc. cons 303. nu. fin. licet illi interdicatur á lege Regia libr. 4. titul. 48. immobilium alienatio, sine cõsensu vxoris, probato per publicam scripturam, adeo vt multi censeant quod marito liceat acquisita donare libere, vt per Gomes l. 51. Taur. num. 73. Tellium in l. 19. à num. 2. Pallati in Rub. §. 66. à nu. 29. Barbosa 3. part. l. 1. nu 58. Molin. libr. 2 cap. 10. à nu. 66. Pelaes 1. part. quæst. 23. num. 10. poterit ergo similiter, in his vel executionem pati, prout videtur sentire Ordin. d. titul. 95. §. 4. vel libenter soluere quod tamen in vxore non admittitur quia omnis dos apud maritum in eiusque possessione est, Cabed. decis. 106. Valasc. de partitio cap. 6. à princip. adeo vt nec magnas eleemosynas faciat si maritus abest, Cabed. vbi supra num. 5. & 6.

8 Quare quæstionem componendam censeo adhibita distinctione, quod si executio petatur contra maritum, tunc quia ipse rerum omnium administrationem habet, fieri valeat executio salua proprietate dotis, in mobilibus acquisitis vel immobilibus quia hæc in mariti potestate, & dominio sunt, pro oneribus matrimonij. l. pro oneribus. C. de iure dot. Barbos. in l. si ab hostibus §. fin. num. 63. ad fin. ea tamen declaratione, vt soluto matrimonio imputandum sit in partem mariti, illud quod de parte vxoris soluit, vt in eleemosynis excessiuis dicit Azor instit. moral. 2. part. libr. 12. cap. 10 fol. 1270. Sanches de matrim. lib. 6 disput. 36 nu. 8. in simili Azeued. l. 9. titul. 9 lib. 5. num. 21.

9 Si autem executio petatur contra vxorem, tunc in sola dote posſit fieri executio, non vero in acquisitis, quia dos obligata erat debitis quæ ante-

antecedebant matrimonium, at vero acquisita cedunt marito, qui illorum dominus est, Barbos. 3. part. l. 1. nu. 58. ab eoque auelli nequeunt, nec apparet durante societate quæ perpetua est, quousque soluta sit, an realiter dentur super lucrata, & succedunt quæ Ioannes Luppus & Xuares vbi supra.

10 Nec aliud probat Ordin. d. § 4. quia si bene aduertimus, illa ordinatio interpraetanda est, á rubro sub quo collocata est, ibi, *como a molher fica em posse & cabeça de casal*, in quo supponit agere de vxore, mortuo iam marito, & dissoluta societate, & sic disponit, quod matrimonio constante, dos capi possit, pro debitis, acquisita vero illo iam soluto morte viri, vnde illa verba finalia, *& na metade que despois de casados forão acquiridos*, sic accipi debent, vt intelligantur de futuro cum relatione ad tempus matrimonij constantis, ibi, *despois de casados forão acquiridos*. Quæ quidem obseruatio sic obtinuit in quodam processu Petri da Silua, contra D. Adrianam vxorem nobilissimi equitis Petri de Tauares quam Petrus da Silua conueniebat, pro alimentis, quia eius erat filius, ex primo matrimonio, & procurabat matrem posse sibi alimenta præstare, quia d. Petro de Tauares nupserat, qui amplissimis redditibus abundabat, ex quibus tanquam ex lucratis matrimonio constante, poterat condemnari, vt alimenta filio decerneret, & in gradu reuisionis contra agentem pronuntiatum fuit in fauorem matris, in qua ipse iudex extiti. Atque ex his in præsenti iudicauimus maritum solum teneri ad æris alieni solutionem de bonis suis & lucratis. Scriba Matos.

SVMMARIA.

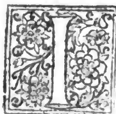
1 *Dispositio testamẽti nulla est si non perficitur.*
Deffectus volũtatis nocet etiam inter liberos. ibi.
Vltimo disposita valent si priori dispositioni validæ insunt. ibi.
2 *Aliud est cæpisse facere, & aliud facere testamentum.*
Qui codicillos facit cum eodem tabellione, & testibus censetur sub eadem solemnitate actus praecedentis disposuisse. ibi.
Testes interrogati parte non citata non faciunt fidem. ibi.
3 *De iure communi duæ testamentorum species.*
Idem de iure Regio. ibi.
4 *Quando non constat de forma dispositionis ad solemnitatem obseruatam recurrendum est.*
5 *Codicillus subsequens videtur cum solemnitate fieri actus praecedentis.*
Actus non signatus dicitur imperfectus ratione voluntatis. ibi.
7 *Si defficiant solemnitates vt testamentum valeat vt in scriptis valere potest vt nuncupatiuum.*
8 *Post testamentum in scriptis potest*

test coram ijsdem testibus codicillos testator facere nuncupatiue.

9 *Si testes non interrogantur citata parte, adhuc potest pars admitti vt solemniter interroget.*

D E C I S I O LI.

An testamento facto in scriptis & iam perfecto, & signato tabellionique tradito vt illud approbet si testator coram ijsdem testibus aliquid disponat, possit talis dispositio sustineri quasi continuatiuè facta cum actu praecedenti valido, an vero in ea requiratur noua solemnitas, & censeatur noua dispositio, & qualis haec sit, ad Ordin. lib. 4. tit. 80. §. 1.



IN vltimis ingruentis morbi angustijs laborans, Antonius Pirez de Barros, testamentum in scriptis condidit clausum, hæredem instituens filium naturalem, quod cũ approbasset tabellio, in forma Ordin. lib. 4 titul 80. §. 1 testator, volens vlterius progredi, & aliam dispositionem præcedenti annectere, coram ijsdem approbationis testibus, & tabellione, in legata prorupit, & postquam verbo suam voluntatem aperuit, coram omnibus, & nominato vno ex testibus, vt eius nomine signaret, antequam tamẽ hæc expedirentur occubuit Cumque legatarij virtute vltimi elogij, sua legata peterent, de nullitate dispositionis fuit oppositum, & tandem sententia lata qua nullum in hac parte testamentum declaratum fuit à iudice.

1 Cumque ad senatum causa delata esset, varie á sapientissimis senatoribus deliberatum extitit, primus enim D. Emanuel Coutinho de Castelbranco multis decorandus nominibus sensit sententiam reuocandam, pugnans pro validitate dispositionis, quia licet de iure sit, vt dispositio sit nulla quando testator incæpit disponere, nec perfecit, ex l. si quis 25. ff. de testam. Ruynus in l. gallus § idem credendum in fin. ff. de liber & posthum. In hoc tamen casu perfecta resultabat dispositio, quia testator obseruauerat formam legis Regiæ ad vnguem, & licet ratione subsequentis dispositionis, dum ad legata diuertit, videatur actus imperfectus, ratione voluntatis, qui deffectus nocet, etiam inter liberos, ex gloss. in l. fin vers. nec impletũ ff. fam. hercisc. Padilla in l. ex testamento num. 8. Cod. de fideicommiss. Surdus decis. 292 à num. 15 Tamen in præsenti non voluntatis sed solemnitatis versatur deffectus, quæ in dispositione inter liberos nocere non solet, l. hac consultissima. §. ex imperfecto Cod. de testam. l. fin. C. fam. hercisc. Craueta cons 689. Fachineus libr 4. controuers. cap. 4. vers. cæterum, late

Menochius

Menochius libr.4. præsumpt. 5. & 10. maxime quia vltima illa dispositio censebatur priori validæ inesse, quia in continenti, & sub eadem solemnitate gesta, l.iuris gentium §.quinimò ff.de pact.& tandem quia hoc legatum de cuius validitate agebatur, erat relictum consobrinæ, cuius defunctus fuerat dum in humanis ageret tutor, ex quo apparebat legatum relictum esse pro exoneranda conscientia,& sic pium, in quo iuris ciuilis solemnitas conquiescit Tiraquell.de pia causa in Præfatione,& priuil.149 & 155. Valasc. consf 108.nu.8.

2 In contrariam iuit sententiam D. Nonius d'Afonseca in confirmationem inclinans sequtus Iabolenum in d.l.si quis, ibi, *magis cæpisse eum testamentum facere quam fecisse varus, &c.* sequitur Gomes l 3.Taur. num. 18. & 105.Gama decis.38: num 3. vnde cum in præsenti testamentum fuerit perfectum, approbatum per tabellionem, cum legitimo testium numero,de ipsius validitate nequit dubitari, licet non potuerit perficere quæ addere intendebat, ex Aretin per tex ibi in l. pen. num.2. C. de hæred. instituend. Curtius Iun.consf 12.n.2. Ruynus cōs. 1.nu 22.lib 2.Barbosa in priuatis scholijs ad l 2.ff.de hæred. instit num.58. solum namque nullitati locus esse potest,circa ea quæ subsequntur,post approbationē,quæ necessario corruunt, quia cum testator coram eodem tabellione,& testibus disposuerit, censetur sub eadem solemnitate disponere voluisse,& requiri vt testes & tabellio signarent, vnde vel dicamus testamentum clausum, vel apertum, cum non fuerit obseruata forma Ordinat. libr.4 titul.80 in princip.& §.1. debet dispositio haberi pro imperfecta ratione voluntatis, ex notatis á Gama decis. 81. num. 4. Et licet verum sit quod volens probare testamentū per solos testes audiendus sit, vt per Cou. in cap.relatum 1.de testam. numer.11. vers. tertia conclusio siue legatum in testamento,siue in codicillis relictum dicamus semper defficiunt testes,quia non proponebantur interrogati parte citata, & succedit regula cap.2. de testibus, Farin.2.tom.de opposit contra testes q.72. Ordinat.lib.3 titul 62 §.1. & libr.1. titul.85. in princip. & libr.3. titul.1. §.13.

3 Ego quinto loco deliberans sentiebam quod de iure communi duæ testamentorum sunt species, in scriptis scilicet, & nuncupatiuum,de vtróque in l.hac consultissima in princ. & in §.per nuncupationem, quod idē de iure Regio statutum est in Ordin. lib 4. titul 80. licet aliud videatur in ea probari, quatenus in principio agit de solemnitate testamenti publici, seu apperti à tabellione confecti,at in §.1 de secreti seu sigillati,in §.vero 4. agit expresse de testamento nuncupatiuo, quasi de illo nulla fuerit facta mentio, qua occasione aliquando vidimus magni nominis viros, firmantes plures dari in his regnis testamentorum species, in quo proculdubio aberrant, quia testamentum nuncupatiuum dupliciter potest fieri, verbaliter scilicet,coram testibus,prolata vltima hominis voluntate, vt in d.§. per nuncupationem,& in d § 4. Doct. in l.3 Taur. Couar. in cap. cum esses de testam Burgens. in d.l.3.num 637. & 819. quod potest etiam fieri,in scriptis,vt per supracitatos, dummodo tamen fiat palam & testibus agnoscentibus,quod in eo continetur, non implicite vt de iure fieri poterat, ex Burgens in d.l.3. num.252. sed explicite vt in d. § 4 cauetur, ibi, *sendolhes primeiro lido*, notat Burgens. vbi supra nu.637.concordat Tellius ibi 5 part. num. 2.& de hac nuncupatiui testamenti specie agit Ordin d. titul. 80. in princip. & in § 3 & §.fin docent Doctores in d §. per nuncupationem,

& explicat

& explicat d. l. 3. Taur. quæ nuncupatiuum dicit testamentum factum per Tabellionem, vnde testamentum in scriptis de iure Regio illud est quod ordinatio vocat *cerrado*, de quo in §.1. concordat d. l.3. & l. partitæ 1. & 2. titul.1. partit. 6 de cuius solemnitate Roland cons.36 num.2. Valasc. cons.177. num.6.

4 Quapropter in dubio, quando non constat qualiter defunctus voluerit testari, ad solemnitatem obseruatam recurrendum est, iuxta notata in l.non codicillum C de testam. tradit Corneus cons.68. num. 14. vol 3. Socin. vol.2 cons.232. Ias. in l.quæ dotis nu.46. ff solut. matrimon. proinde quando in scriptis testamentum reperitur factum, in secreto, testibus minime lectum, & manifestatum indubitanter resoluendum est, quod testator voluit testari in scriptis, secus vero si testibus omnia sint lecta, & publicata, ita post alios Afflict. quæst. 143. num.9. & Gregor. in l.2. titul.1. part.6 gloss.1.

5 Ex quibus dubitari potest, in præsenti an codicillus hic post testamentum celebratus valuerit, & videbatur minime valere, quia cum testamentum in scriptis præcessisset, eodem modo censeri debet testatorem voluisse postea disponere, in codicillis, coram eodem notario, & ijsdem testibus, quia codicilli testamenti iura sequuntur, ex tex. in l. ab intestato ff de iur. codicill ibi, *testamento autem facto ius eius sequuntur*, l. conficiuntur eod. ibi, *vt per fideicommissum testamento facta, &c.* l posthumus §. si paganus ff. de iniust rupt. ibi, *sine dubio vniuersa quæ ibi scripta sunt in causa fideicommissi erunt.* Vnde cum testator continuatiue disponere censendus sit, in scriptis, nec scriptura fuerit perfecta, cum nec signata nec subscripta necessario corruere debet, l. ex ea ff. de testament. Oldrad. cons. 119. quem sequitur Cabed. decis. 169. vbi iudicatum refert D. pater meus Franciscus de Caldas Pereira de emptione capit. 19. à numer. 4. faciunt quæ Valasc. cons. 149. Gama decis. 45. & 126.

Cuius rei efficax est argumentum quod testator ibi varia legata confinxerat, & in prioribus, ipse & testes signarunt, in posteriori autem (de quo hic agitur) id efficere non potuit morte præuentus, quare ille actus debet dici imperfectus ratione voluntatis, & succedit reg. dict. l. ex ea l. fideicommissum §.1 ff. de legat 3. elegans consilium Pauli 365. vbi nec ad pia valere talem dispositionem consuluit, sequitur Decius cons. 159. & cons 488. num. 10. quem citat D. pater meus dict cap 19 num.9. in fine, atque in his terminis non valere testamentum dixit senatus Neapolitanus ex Afflict. quæst. 143.

7 Sed adhuc parumper subsistendum est, quia ille qui testatur in scriptis, si se non restringit specialiter ad illam testandi formam, est recepta traditio, quod si deficiant solemnitates necessariæ, vt valeat testamentum tanquam in scriptis, debet sustineri tanquam nuncupatiuum, ex regul l. 3. ff. de milit. testament post Menchac. Crassus §. testamentum quæstion. 10. Mantica de coniectur. volunt. defunct libr.1. titul 7. num 2. forma enim testamenti in scriptis, & nuncupatiui non sunt repugnantes, post Cynum Fulgos. aduertit Menoc. libr.4. præsumpt.2. num. 6. vbi dicit communem etiam quando testator verba expresserit, quibus constet voluisse testari in scriptis, nisi se specialiter ad illam formam restrinxerit, eleganter Mena quæstion. 1. numero 40.

Ex quibus principijs notabam, quod in præsenti testamento, post perfectum illud, testator codicillos com-

componebat, nuncupatiuè quidem, quia illud testamentum quod coram tabellione, & testibus fit non desinit esse nuncupatiuum, vt supradixi, Valasc cons 177. nu 6 vnde de iure Regio solum testamentum in scripis est quando testamentum testibus non legitur, ad cuius rei imaginem pariter codicillos condere licet, vel in scriptis vel nuncupatiuè, quia testamentorum iura sequuntur d. l. abintestati ff. de iure codicillorum.

8 Vnde cum in præsenti constet testatorem, post testamentum perfectum, ad aliam disponendi formam transijsse, seu diuertisse, nuncupatiuè scilicet, coram testibus & tabellione codicillos per nuncupationem fecisse censendum est, atque solum restat vt videamus an dispositio sit perfecta, vt prioribus tabulis detrahere posit, tam ratione voluntatis, quam solemnitatis, & quoad primum non obstant quæ ex Oldrad. & Cabed. supra deduxi, vt voluntatis arguerem deffectum, nam Oldradus procedit quando testator non perfecte disposuit, sed solum præparabat animum ad disponendum, & sic Oldradum communiter interpræ tari dixit D. pater meus d. cap. 9 nu. 7. neque etiam obstat, decisio Cabed. quia licet in principio disputet casum tamen in fine concludit, ideo testamentum de quo ibi non valuisse, quia solemnitates necessariæ defficiebant, ne valere posset, vt nuncupatiuum, prout erant testes non omni exceptione maiores: at vero in nostro casu reperitur perfecta dispositio, respectu voluntatis, quia nihil defficiebat, nisi testatoris signum, secundum quæ eleganter Mena dict. num. 40. adeo vt testis á testatore rogatus iam esset qui pro testatore signasset quod quidem vltimam solemnitatem actus respicit.

9 Circa autem solemnitatem vltima erat congresio, & apparebat quod testes non fuerant interrogati parte citata plusquam tres, addita insuper tabellionis fide cum tamen quatuor adhiberi debuissent, iuxta Ord. libr. 4. titul. 86 §. 1. quia licet illa ordinatio solum quatuor testes desideret, debet vltra quatuor adhiberi tabellionis fides, sumpto argum. ab Ordinatione titul. 80. in princip & §. fin. atque ideo confirmata fuit sententia, qua iudicatum fuit legatum non deberi, ea tamen declaratione vt posset Actor interrogatis legitime testibus, suum ius persequi, quia quando solemnitas omnis actus reperitur valet vt valere potest, licet non valeat vt gestus est, Gregor in l. 2. titul. 1. part 6. vbi gloss. 1. Afflict. decis. 143. sic limitata regula l. non codicillum. C. de testam.



SVM-

SVMMARIA.

1 Res maioratus præscribuntur cum titulo, & bona fide 40. annorum spatio.

2 Immemorialis præscriptio omnibus nocet.

3 Quadragenaria annorum præscriptio æquiparatur immemoriali.

Interpretatum c. cum personæ de priuil. lib. 6.

Res alienari prohibita non prohibetur præscribi. ibi.

Titulus vt aliquid operetur cum spatio 40. annorum debet omnibus nocere. ibi.

4 In rebus maioratus non reperitur prohibita nisi præscriptio ordinaria.

5 Longe differt immemorialis à præscriptione 40. annorum cum titulo.

In re prohibita alienari præscribenti obstat mala fides. ibi.

6 In immemoriali titulus non requiritur.

7 Vbi persona non est capax possidendi nec immemorialis sufficit.

Possessioni vbi reprobata non est multa priuilegia competunt. ibi.

8 In rebus maioratus duæ prohibitiones considerantur à testatore & à lege.

Res ecclesiæ non simpliciter alienari prohibentur sed secundum quid. ibi.

9 Non conuertuntur hæc duo quæcunque quæri possunt 40. annis cum titulo eadem possunt immemoriali, & è conuerso.

Immemorialis habetur pro titulo. ibi.

10 Quæ 40. annis cum titulo quæruntur, verum est quod possunt quæri immemoriali.

Qui non potest nocere pacto pariter nec præscriptione. ibi.

11 Alienationis prohibitio est realis, & rem sequitur.

12 Idem deffectus tituli respectu rerum maioratus præscribendarum reperitur cum præscriptione 40. annorum.

13 Explicatur Molina libr. 2. cap. 6. num. 51.

Differunt præscribere contra maioratum vel pro maioratu. ibi.

14 Quod seruitus discontinua non nisi immemoriali cursu præscribatur quomodo intelligi debeat.

15 Præscriptio & sententia quomodo differant.

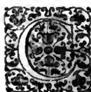
16 Præscriptio fouetur legis authoritate.

17 Qui alienauit se in vita sua non alios excludit.

18 In quibus casibus præscriptio 40. annorum

DECISIO LII.

An res maioratus per 40. annos præscribi poßint, ad Ord. lib. 4. titul. 100.



1 Vm Blasius Esteues, ortum possideret, quẽ ipse acquisierat à quodã fideicõmissi possessore, quem post mortem suã in forma maioratus proximiori consanguineo restituere fuerat rogatus, quædam Margarita Vaz eum pulsauit vbi primum diem clausit extremum grauatus, vt ortum dimitteret, tuebatur se Reus præscriptione 40. annorum cum titulo emptionis & bona fide, quia rem á fideicommissario pro allodiali emerat; vnde illa oriebatur quæstio an res maioratus præscribi valeant quoad omnes successores spatio 40 annorum cum titulo, & bona fide, iudex sententiam protulit cõtra Reum, & senatus scidit se in vota contraria, Peritissimi namque senatores Nonius d'Afonseca Cabral quẽ sequebatur Iurisconsultissimus D. Didacus de. Brito de Carualho, reuocandam dicebant eo quod data bona fide quæ alias in dubio præsumitur l pen. C de euictio, & cum titulo habito à possessore maioratus iuncta 40 annorum possessione non est dubium præiudicium inferri omnibus successoribus, quorum opinio suadetur quia triti iuris est immemorialem præscriptionem omnibus nocere, arg. l 3. § ductus aquæ. ff. de aqua quotidian. Gregor. in l. 10. tit. 26. p. 4. verbo ni lo empece in fin. Gomez l. 40. Taur. nu. 90. & est cõmunis ex multis citatis à Molin lib. 4. cap. 10. nu. 3. & 10. Pinel. in auth. nisi tricennale à nu. 39. C de bon. mater. Hieronimus Portoles in tract. de consortib & fideicõmisso cap. 20 & nu. 11. Matienço in l. 8 gloss. 5. titul. 7. lib. 5. nouæ recopil. à num. 25.

3 Vnde cum receptũ sit 40. annorũ præscriptionẽ æquiparari immemoriali quoad omnes effectus arg. tex. in c. cum personæ de priuil. lib 6 vbi ad probandam exemptionẽ ab ordinario cum ius resistat præscribenti, & tẽpus immemoriale requiratur, præscriptio 40 annorũ sufficit, vt per illũ tex dicit Archidiacon. Ioan. Andr. Domini. & alij quos sequitur Molin. lib. 2. c. 6. nu 52. Velasques in l. 41. Taur. glos 6. nu 6. Gutierr lib 5 pract c. 62 nu. 11 & 12. Caldas Pereira forensium q. 23 nu. 101. Cabed 2 p decis 41. nu. 2. Salazar de vsu & cõsue. n. 36. vnde cũ cõmunis opinio hæc duo inter se æquiparet, à communi in iudicando recedere non licet in hoc regno ex Ord lib. 3. titul. 64. Quod efficacius suadetur si consideremus quod contra possessorem maioratus 30 vel 40 annorum cursus sufficit, ergo vt aliquid titulo tribuamus dicendum est cum titulo contra omnes præscribi, sicut alias vide-

mus seruitutes discontinuas non præscribi nisi immemoriali tempore, Couar.lib.4.variar. cap.12.nu.21. cum titulo tamen tempore ordinario.l.vlt. C.de præscript longi tempor. Gomez 2.tom. cap.15. num.28. Couar.libr.1. variar. cap.17. num.15. facit pro hac parte quod res alienari prohibita, non prohibetur præscribi gloss.vlt.vers.sed certe,in l.vnc.C.si aduersus vsucapio. gloss. penult.in l. vlt. C. quibus causis in integrum restitutio, & ibi Doctor. & Bart nu.22. Felin. in cap. cum non liceat de præscriptio.nu.8.communis vt per Gabriel lib. commun.titulo de præscriptio conclus. 13. vers. contrariam, Pinel. in d.auth.nisi à num.25. Menchaca de successio creation.§.26. à nu.110. Sicut alias videmus res ecclesiarum alienari esse prohibitas, & tamen præscribi posse,sicut & res minorum toto titulo.C.de rebus eccles. & in titulo.C.de prædijs minor. & ff. de rebus eorum, sicut & res litigiosas vt in titulo.C.de litigios. cap.ecclesia, vt lite pendent. Ord.lib.4. titul 10. & tamen his casibus præscriptio admittitur l.2. §.si à pupillo ff.pro emptor. l.1. C.si quis ignorans. l. 1. C. de long. tempor.præscript.

Quod maxime suadetur quia præscriptio contractu, vel vltima voluntate tolli non potest á priuatis, contra leges eam inducentes in fauorem boni publici, l. nemo potest ff. de leg.1. l. ius publicum. ff. de pact. vnde illa prohibitio debet intelligi in voluntaria alienatione non in necessaria quæ fit ex necessitate iuris l.1. ff.de fundo dotal. talis enim dicitur præscriptio l. 1. & 3. ff. de vsucapio. quæ dicitur alienatio legalis à gloss. in l vsucapio 7.Cod de pignor. facit l.Sticho 36. ff. de vsufructu legat. quam expendit Pinel. vbi supra num. 26. Menchaca n.127. arg.l.qui hæredi §. si pars ff de condit. & demonstra. vnde illa obtinuit concordia quod licet præscriptio ordinaria non admittatur in his quibus alienandi prohibitio obstat, tamen longissimi temporis admittatur vt in maioratibus, vt colligitur ex Paulo in l. vltim. §. sin autem. Cod. commun. de legat. quem sequuntur communiter Doctores ex Ripa num. 114. in l. filiusfamil. §. diui ff de leg.1. Molin. libr. 4. cap.10. numer.1 & 2. Doctissimus Gama decis.344. num.2. quæ conciliario suadetur ex dict §.vbi autem, ibi, *nec longi temporis præscriptio, &c.* vbi solum ordinaria excluditur expenso textu in sensu directo & contrario, ad idem facit l.1.cum seq Cod. de legib. cap.2. §. contractibus de rebus eccles. quia licet ordinaria præscriptio excludatur quia desficit titulus, non tamen excludi debet longissimi temporis in qua titulus necessarius non est, & à fortiori illo extante facilius admittenda est. Constat namq; quod etiã stãte illa prohibitione potest dari alienatio mero iure valida, & titulus sufficiens ad longissimi temporis præscriptionem, prout contingit quando ius non resistit licet non assistat. secundum communem de qua per Couar.in reg. possessor 2.part.§.7.num.5. quia potest dari titulus iustus cum aliquo iusto iuris errore l. 2. § si à pupillo. Cod. pro emptor Felin. in cap. de quarta de præscriptio num.24. Ias.in dict.§ diui 2 lectura num. 156. veluti si incipiat præscriptio contra instituentem vel habeatur titulus à tertio, dict. l. 2. in fin. Cod. pro emptore communis ex Pinel. vbi supra numer. 36. Gabriel numer. 14. Molin. dict. capit. 10. num. 1.

Quod corrobatur si attendimus quod aliud est prohiberi præscriptionem á Principe qui potestatem habet prohibendi, tanquam iuris humani inuentum princip. instit. de vsucapion. aut si á lege prohibeatur, & aliud prohiberi á priuato qui legi

legi humanæ subest quam ipse tollere non potest Doctores in d.§.diui, & in l.ea lege C.de condict. ob caus. & in l.si creditor 7.§.vlt. ff. de distract. pignor.d l. ius publicum cum vulgaribus; quare satis operatur talis prohibitio si ordinariam tantum tollit non vero eam quæ longissimi temporis cursu est stabilita.

4 Quibus non obstantibus contrarium sensi, & notabam quod licet in rebus fideicommisso subiectis præscribendis nõ reperiatur prohibita nisi ordinaria præscriptio in l.fin § fin autem.C.cõmunia delegat,ita vt longissimi temporis admitti valeat vel titulata, vel etiam sine titulo, hæc vtiq; perpetuam exclusionem quoad omnes operari non potest,ex reg.l.1.C.de annali exceptione, quia non valentibus agere non currit tempus, ex Dec. in l.1. num.27.C.qui admitti,Balb de præscrip. 2 p. 6.p. num.21. Paul. cons. 467.nu.2.lib.3 Crotto in l filiusfam. § diui.nu 142.ff de legat.1. late Soares allegat. 3. & latissime Menchaca de successio. creation. §. 26. à num.126. & 131 Molin.lib 4. cap.10. Osascus de Pedamon.177.Gabriel cons.163. á nu. 12 libr.1.Menoch cons.304. Cephalus cons. 624. libr. 5. à num. 58 Gama decis.26.num.5. Peregrin. artic.41.de fideicommiss à num.16. licet Pinel.in d auth à num. 54 contra communem insurgat, & ante eum Corneus cons. 304. num. 31. libr. 3. quorum opinio tanquam cõmuni contraria respuenda est.

5 Nec obstabunt fundamenta factionis contrariæ nam ad primum respondetur longe inter se differre in præscriptione rerum maioratus, præscriptionem 40. annorum ab immemoriali, nam quoties ius commune est cõtra præscribentem, & illi resistit vt in præscriptione rerum maioratus d l fin.§.sed quia. & seq. C. commun. de legat.etiamsi præscriptio 40.annorum sit,titulus necessarius est à principio c.1.de præscriptio in 6. c.si diligenti de præscriptio, vbi gloss. vlt. & communis ex Paris n 46.c.dudum 31. de decim. gloss.1. in reg possessor vbi Couar.2.p. §.5.nu.2. & 1 resol.cap.17. nu.6. si enim titulus defficit præsumitur præscribens posidere mala fide,& ideo titulus ad eam purgandã à principio requiritur, Abbas in c.peruenit, n.3.de emptione & in c.de 4.de præscrip nu 26.& in d c si diligenti n.35. vbi Paris.46. Menchaca Illustrium c. 87.nu.4. atque ex his patet non esse verum quod res maioratus sine titulo præscribuntur quia cum iuris præsumptio obstet nec de titulo in re prohibita alienari appareat, vera resultat mala fides quæ nullũ maioratus possessorem excludit, quia requiritur causa aliqua extrinseca quæ possessionem iustificet prout est titulus. l.vlt. ibi sine titulo. C. de fund. patrimon. lib.11.Ord libr.2. titul.35.§. .ibi, *sem titulo algum*, sic in præscriptione 100. annorum si ius resistit titulus requiritur c. si diligenti de præscriptio,Cabed 2.p decis.41 nu 2.

6 In immemoriali vero titulus non requiritur Couar. d.reg possessor 2.p. §.5 n.2. refert plures Gabriel lib communium titulo de præscrip conclus.1. nu 3.Valasq 8.nu.36. quia habet vim iusti tituli, & constituti etiam in his quæ non nisi à principe obtineri possunt d.l.3 § ductus aquæ c super quibusdam §. præterea de verbor. signi. Consilium sess.25. de reforma. cap 9. Mantua libr 1. locorum cap.19. Paris. cons.27. ex n.31.lib 6.Couar.1.variar. cap 10 nu 14. Roland. cons.3 à nu.53. & cons 47 nu 41 libr 1.Garcia de expensis cap 9.nu 20. Imò nec admittit probationẽ deffectus tituli quasi contra præsumptionem iuris, & de iure dixit Menchaca illustri. c.81 ex nu.13. vbi ait ex immemoriali titulum potius induci quam præsumi, adeo vt

Y 2 non

non noceat allegatio tituli injusti nisi ita sit vitiosus quod malam fidem inducat Gabriel vbi sup n 53 Menchaca à n.11. Roland. cons 59 n 17. lib.4. veluti si persona prçscribẽtis sit incapax posśidendi quia tunc nec sufficiet immemorialis, c. qualiter Caput clerici cap. decernimus de Iudit. cap.1 de præscrip lib.6 quia etiam immemorialis non procedit sine posseśsione quæ capacem non facit sed supponit, reg sine posseśsione lib. 6. neque eo casu vim tituli habebit neque cõstituti aut priuilegij, doct. in c. causã quæ de præscrip. & in c. quanto de consuetud. Gabriel vbi supra num. 26 vel quando à lege ipsa prohibetur & damnatur omnino, de quo Ord. lib 2, tit. 45. §. 6. & §. fin. & tit. 28 & lib. 4. tit. 43 §. 13. in fine & lib. 2. tit 46. & lib. 1 tit. 78 §. 14. & lib 2. tit. 53. §. 5. Licet alias multum per leges Regias tribuatur posseśsioni vbi reprobata non reperitur lib. 2. tit. 27. §. 1 & §. fin. lib. 1. tit 75. §. 3. lib. 2. tit. 45. §. 10. & tit 9 §. 1 & tit. 27. §. 1. & tit. 87. in principio. & lib. 1 tit. 88 in princ.

8 Vnde cum de iure sit quod in rebus maioratus sit, prohibita alienatio à testatore, l. cum pater §. libertis ff. de legat. 2. & à lege vt in l. fin. §. sin autem C. commun. de leg simpliciter & absolute sine dubio etiã cõprehenditur præscriptio l. alienationis ff. de verbor. sign. l. vbi lex ff. de vsucapio vt in bonis dotalibus l. si fundũ ff. de fundo dotal in bonis fæudalibus c. Imperialem de prohib. feud alien. per feder. hæc duplex prohibitio alienationem tollit etiã in casu permisso Gama dec. 116. n. 5. & in hoc differunt bona moioratus à bonis ecclesiæ, vel minoris, quorum alienatio non est simpliciter prohibita sed secũdũ quid idest sine debitis solemnitatibus c si ne exceptione 12. q 2. doctores in c. cũ non liceat de præscriptio Balb. in tractatu de præscrip. 5. p. secũda principal quçst. 4. Inde fit quod non conuertuntur inter se hæc duo, quæcunque quæri possunt 40. annis cum titulo, eadẽ possunt immemoriali & ẽ conuerso, quia longe dispar ratio est immemorialis, & 40 annorũ præscriptionis cũ titulo, quia Illa habetur pro titulo, constituto, & priuilegio ac subinde multo potentior, & in reseruatis principi non admittit probationẽ tituli defficientis, nec ipsius scientiam requirit, contra quem, & ei reseruata præscribitur, multa congerit Gabriel vbi supra conclus 1. maxime quia immemorialis necessario præcedit maioratus vinculũ, de cuius innitio cõstat immemorialis vero non habet initiũ, non potest ergo conuerti cum præscriptione 40 quç vinculũ subsequitur & cõtra ipsum dirigitur, alias enim non erit immemorialis, l 2. §. idẽ labeo ibi memoria in contrarium extet ff aqua pluuia. Garcia de expens. c. 9. nu. 29. Couar. in regul. possessor 2 part §. 3. num. 7.

10 Vnde regula absolute vera est in primo casu. vt ea quæ 40. annis cũ titulo quæri possunt posśint & pariter immemoriali quia concludit á maiori c. super quibusdam §. prçterea de verborũ. ratio plana est quia cũ præscriptio in his casibus sit prohibita, & propter iuris resistentiam requirat caussam extrinsecam, quæ purget vitium illud, nulla alia causa esse potest, quã titulus, qui quidem haberi non potest á possessore cui alienatio interdicta est, qui cum sit nullus à principio ad huc 40. annorum præscriptio, sine titulo manet, quia licet respectu alienantis valeat & in ipsius præiudicium quandiu ipse vixerit, non tamen successoribus nocere potest. vt dixit Gomes d. l. 40 Tauri nu 90 & in fæudis Mastrillo decis. 105. nu. 18. & plures relati á Menoch. cons. 701. num. 100. omissa opinione Pineli vbi supra numero 55. qui omnem præscriptiomen admittit

omissa opinione Pinel. vbi supra numero 55. qui omnem præscriptionem admittit, & alijs quæ inuoluit Gilchenius de præscript. p. 3. c. 13. & succedit doctrina Bald. in cap. 1. §. quid ergo de inuestitur de re alien. quod qui non potest nocere pacto pariter nec præscriptione Decius conf. 445. Soares d. alleg. 3.

11 Deinde quia alienationis prohibitio est realis, & res sequitur alienatas, & prædia ipsa conueniuntur, arg l Imperatores ff. de publican. vltra Molin lib 4 cap. 10. á nu. 1. Cabed. 1. p. decis. 96. num. 2. nec quidquam obstat bona fides præscribentis ex d. l. vbi lex, ibi, *bona fides &c.* & est communis ex Euerard conf. 230. col. pen. Gomez d. nu 50.

12 Quod si quis obijciat hoc procedere in ordinaria præscriptione non vero in longissima vt per Balb. 5 p. q. 9. Ruynum conf. 41. n. 16. lib. 1. respõdetur quod idem deffectus tituli reperitur in quadragenaria præscriptione vt supra diximus, & ideo requiritur immemorialis vt per Menoch. dict. conf. 701. num. 104. plures relati à Gilchenio vbi supra num. 4. Gabriel in titulo de præscript. conclus. 11. & 13. Gama decis. 5. numer. 3. & decis 84. num. 2. vbi Flores Romuleus de testatorum præceptis à num. 199. & seqq.

13 Nec obstabunt quæ ex Molin. lib. 2. cap 6. nu. 51. & 52. adduci solent vbi testatur cõmunem quod quadragenaria præscriptio æquipolleat immemoriali nam si attente legatur agit ibi Molin. de præscribendo maioratu, & in fauorem ipsius contra tertios respectu quorum non dubitamus illa duo per viam regulæ illis casibus æquipatari posse, quia in maioratu constituendo tripliciter præscribitur vel tempore longissimo, & immemoriali, vel 40. annis cũ titulo, vt per Molin. vel per binum actum cum temporis longissimi cursu, ex reg. cap. cum de de benefic. de præbend. in 6. Gama decis 218 num. 2. Valasc. conf. 111. nu. 8. & 132. num. 21. Cabed. decis. 121. num. 3. Surdus conf. 140. num. 45. libr. 1. licet Ordinat. libr. 1. titul. 62. §. 51. etiam ad præsumendum maioratum immemoriale tempus requirat, ibi, *que a memoria dos homẽs, &c.*

At vero contra ipsum maioratum in quo expressa vel saltem tacita datur alienandi prohibitio cõmixta cum prohibitione legis quæ titulum inficiunt propter iuris resistentiam nulla præscriptio admitti potest nisi illa in qua titulus necessarius non est, (licet ius, & eius præsumptio resistat) qualis est immemorialis, & ab ea opinione iniudicando, & consulendo non recedendum dicit Menchaca d § 26. nu. 131. & super Ducatu de Bejar se ita obtinuisse, nec aliud probat dict. cap. cum personæ, in quo nihil probatur ex his ad quę adducitur vt per Salazar de vsu & consuetud. cap 1. num. 36. nec talis sententia vera est ex supra dictis, nec ex illo tex. deducitur.

14 Nec obstat quod seruitus discontinua quæ non nisi immemoriali tempore præscribitur l. 1 §. fin. l. 2. §. penult. ff. de aq. pluuia arcend. cum alijs vt per Borrel. conf. 46. num. 21. Caldas Pereira receptarum quæst. 5. numer. 33. Caualcanus 5 part. decis. 3. num. 5 & decis. 6. num 50. Landensis in repetit. l. seruitutes numer. 2. Vital. libr. 2. variar. lection. cap. 13. Castillo de vsufruct. cap 68. numer. 6. & 7. & tamen in hac seruitute præscribenda admittunt Doctores temporis ordinarij cursum, non solum cum titulo, sed cum allegatione ipsius Mascard. conclus. 1042. numer. 68. & 74. Borrel. dict conf 46. numer 23. communem dicit Caldas Pereira vbi supra numer. 35. Caualcan. dict. decis. 3. num. 8 & decis 6. num. 28 Castillo d. cap. 68, nu. 9. Quia respondetur quod

in hac præscriptione nulla reperitur de non alienando prohibitio, & sic nil mirum si cum titulo non reprobato à lege ad iuris ordinarij regulas talis præscriptio reducatur, non omittam quod contra hanc vltimam partem quod sufficiat tituli allegatio plures insurgunt contrariam dicentes esse veram, vt per Eguinarium Duar. Conan. Donel. quos citat Vsualdus in Donelo enucleato lib.11. cap.11.lit.D. idem tenet Cuiaci. Balduin. Corras. Longoual. Fuluius relati à Gilchenio d.loco num. 4. nouissime Schifor de Guerus ad Fabrum tract. 6. q.vlt.

15 Nec pariter obstabit quod non minus tribuendum est præscriptioni quam sententiæ quæ omnibus successoribus nocet late Pinel. in l.1.C.de bon. n.48 3.p.& in l 1.3.part.num 48. Gomes l. 40. Taur. num. 72. Couar. practic cap.13.à nu.6 Zeuallos quæst. 636. Mastrillo decis 172. D. Caldas Pereira d quæst.23 num.77. quia respondetur sententiam declarare rem non esse maioratus nec extrà hunc casum considerari potest nisi quando iudicet rem fuisse præscriptam tempore immemoriali, ex quo etiam ponitur illa res extra prohibitionem nõ alienandi quia supponitur maioratui annecti non potuisse, cumque in hac parte à lege ipsa authoritatem accipiat sententia, nil mirum si omnibus noceat ne rei status sit in incerto, & sufficiat vt semel appareat rem non esse maioratus, nec vt talem possideri potuisse, quod diuersum est in præscriptione in qua res ipsa supponitur maioratui annexa, & præscriptione eximi in quo datur legis resistentia.

16 Nec obstabit si quis dicat etiã præscriptionem foueri legis authoritate in bonum commune, atque ideo non est eius minor authoritas quam sententiæ l fin. ff pro suo. Palla: in reab 69 ante num.33 Cyriet. lib. 3.de primo quæ fin. quia satisfit quod in hoc casu circa res maioratus præscribendas præscriptio non comprobatur quinimò à lege reprobatur dict §.fin autem qui licet loquatur in ordinaria tamen cum in hoc casu 40. annorum spatium expectandum sit cũ titulo, adhuc titulo lex resistit, & ideo præscriptio longissima non procedit ex ratione legis vbi lex ff. de vsucapio vt supradixi.

17 Qui enim alienauit se non alios excludere potuit l. facta § si quis bonorum. ff. ad Trebell. vbi hæredis negligentia in non insinuando testamento intra tempus statutum non nocet fideicommissario sicut alias si intra tempus præscriptum bonorum possessionem non petit Aluarad. in cap 1.§ hoc quoque, col fin. de successione feud. quæ opinio contradictore caret teste Gregor. vbi supra col.4 ad fin. & apud Hispanos magis sine dubio est, vbi ex l.45. Taur. transfertur ipsa possessio in sequentem.

18 Vt igitur præscriptio 40 annorum cum titulo noceat successoribus in maioratu aliqui enumerantur casus in quibus hæc immemoriali æquiualet, nempe si incipiat contra institutorem quia cum initium habeat habile, & titulum qui eo tempore cõcedi potuit lege nõ resistente. l.si fundus ff de fundo dotal. vbi non impeditur cæpta vsucapio quod fundus fiat dotalis, & cum successore compleri poterit ad imaginem præscriptionis contra minorem quæ inchoata cum prædecessore completur in minori ætate D. Caldas Pereira ad l. si curatorem, verbo sua facilitate num. 48. Molin. dict capit. 10 numer. 1. & eodem cap. 10. numer. 5. in idem Gomes d.l.40 num 90. vers tertio, vt procedat quando titulus habitus sit non à possessore maioratus sed à tertio quia illa prohibitio alienandi est personalis, & ex qua non transeunt effectus in vlteriores possessores, vbi cum

cum pluribus doctoribus dicit communem & videtur comprobari, ex l. Sticho 36. ff de vsufruct. legat. vbi legatarij non habuerunt causam à prohibitis faciunt quæ Bald. in l. 2. C. de vsucapio. pro empt. Paulus in l. fin. §. quia C. commun de legat. Crotus in d l. filiusfam. § diui nu. 143. Ripa 115. Pinel. in d. auth. à num. 35. verum ex supradictis hæc opinio videtur non secura cum prohibitio sit realis quæ omnem possessorem sequitur ex Cabed. vbi supra, & semper res illa est in alienabilis vt prosequitur Romuleus de testator. præceptis nu. 145. & seqq. vltra quam quod illi Doctores in cõtrarium citati loquuntur in fideicommisso, vt patet ex Molin. de maioratib. tractat. 2. disput. 577. á nu 5.

19 Nec tandem obstant quæ vltimo ponderauimus ex illa hominis prohibitione non censeri prohibitam nisi ordinariam præscriptionem, cum alijs rationibus quas ad propositum adduximus quia satisfit quod in prohibitione alienandi rem maioratus datur prohibitio hominis iuncta cum prohibitione legis, argum l. 2 Cod de vsucapio pro emptore, vbi vsucapi nõ possunt serui pupillorũ alienari prohibiti ex l. lex quæ C. de administ. tutor. ac proinde propter huiusmodi concursum hominis & legis, censetur prohibita alienatio indirecta quæ fit per præscriptionem, quæ alias foret admittenda si sola hominis daretur prohibitio, ita Imol. Alex. Cuman. Ripa num 35 in d. § diui, Balb 5. part. 5. principal. numer 34 vers. non obstat, Menchaca succesio creation. § 26 nu. 118. facit Auth de alienat. & emphyt. § sanctissimas in princip. vbi prohibitio hominis concurrens cum prohibitione legis effiicit, ne res ecclesiæ alienari possint in redemptionem captiuorum, in quo casu alias poterant alienari attento iure, gloss. 1. ad fin in l. vlt. C. de rebus alien. gloss. in l. ea lege. C. de condict. ob caus. post alios Molin. lib. 1. cap. 12. nu. 32. Gama decis. 116. num. 5. vel melius dici potest (quia constat d. prohibitionem legis post d. l. 2. fuisse latam in dict. l. lex quæ, vt ponderat Aretinus cons. 22. col. 4. Ias. in d § diui nu. 23.) quod in d. l. 2. supposita prohibitione testatoris quæ authoritatem habet à lege qua indulgetur vt quis disponat de rebus suis, ita vt lex sit ipsa dispositio, auth. de nuptijs col. 4. l. peto. §. fratre ff de legat 2. Ideo supposita tali prohibitione deficit in præscribente titulus qui non potuit dari emptori, l. si diutina C. de long tempor. nec obstabit quod etiam stante prohibitione testatoris, potuit considerari iustus error qui sufficeret loco iusti tituli, l quod vulgo ff pro emptore, quia satisfit si titulus detur iure approbatus etiam ex iusto errore poterit dari præscriptio non obstante prohibitione testatoris, nec in eo textu de eo agitur quia casus manet omissus in dispositione iuris quod etiam admittimus in maioratibus, vt vbi titulus haberi potest iustus in casibus in quibus quadragenaria immemoriali æquiparatur præscriptio procedere posit quadragenaria, & omnibus nocere non tamen illud per viam regulæ constitui potest.

20 Sic explicabis tex. in l. 1 C. de præscript. longi tempor. ex quo deducunt quod res litigiosa non obstante legis prohibitione si alienata sit potest vsucapi, ex gloss ibi, & in l. alienationis ff. de verbor. signi. Pinel. in Auth nisi num. 25. C. de bon. mater. quia verius videtur quod in eo textu non agitur de præscriptione in re prohibita, & litigiosa, & lite pendente alienata iuxta l. lite C. de litigios. auth. de litigiosis eod Couar practicar. cap. 15. num. 6. Sed de re alienata cessante iam lite, ibi, *post motam & omissam quæstionem res ad noua dominia transierit, &c.* aduertit Felin. in cap. causam, in vlt.

test coram ijsdem testibus codicillos testator facere nuncupatiue.

9 *Si testes non interrogantur citata parte, adhuc potest pars admitti vt solemniter interroget.*

DECISIO LI.

An testamento facto in scriptis & iam perfecto, & signato tabellionique tradito vt illud approbet si testator coram ijsdem testibus aliquid disponat, possit talis dispositio sustineri quasi continuatiuè facta cum actu praecedenti valido, an vero in ea requiratur noua solemnitas, & censeatur noua dispositio, & qualis haec sit, ad Ordin. lib.4.tit.80.§.1.



IN vltimis ingruentis morbi angustijs laborans, Antonius Pirez de Barros, testamentum in scriptis condidit clausum, hæredem instituens filium naturalem, quod cũ approbasset tabellio, in forma Ordin. lib.4 titul 80.§.1 testator, volens vlterius progredi, & aliam dispositionem præcedenti annectere, coram ijsdem approbationis testibus,& tabellione,in legata prorupit, & postquam verbo suam voluntatem aperuit, coram omnibus, & nominato vno ex testibus,vt eius nomine signaret,antequam tamẽ hæc expedirentur occubuit Cumque legatarij virtute vltimi elogij, sua legata peterent, de nullitate dispositionis fuit oppositum,& tandem sententia lata qua nullum in hac parte testamentum declaratum fuit à iudice.

1 Cumque ad senatum causa delata esset, varie á sapientissimis senatoribus deliberatum extitit, primus enim D. Emanuel Coutinho de Castelbranco multis decorandus nominibus sensit sententiam reuocandam, pugnans pro validitate dispositionis, quia licet de iure sit, vt dispositio sit nulla quando testator incæpit disponere,nec perfecit, ex l.si quis 25.ff.de testam. Ruynus in l gallus § idem credendum in fin.ff.de liber & posthum. In hoc tamen casu perfecta resultabat dispositio, quia testator obseruauerat formam legis Regiæ ad vnguem, & licet ratione subsequentis dispositionis, dum ad legata diuertit, videatur actus imperfectus, ratione voluntatis, qui deffectus nocet, etiam inter liberos,ex gloss. in l.fin verſ.nec impletũ ff.fam. hercisc. Padilla in l. ex testamento num 8. Cod.de fideicommiss. Surdus decis.292 à num.15 Tamen in præsenti non voluntatis sed solemnitatis versatur deffectus, quæ in dispositione inter liberos nocere non solet, l. hac consultissima. §.ex imperfecto Cod.de testam. l.fin. C. fam. hercisc. Craueta cons 689. Fachineus libr 4. controuers. cap 4. vers.cæterum, late

Menochius

Menochius lib.4. præsumpt. 5. & 10. maxime quia vltima illa dispositio censebatur priori validæ inesse, quia in continenti, & sub eadem solemnitate gesta, l. iuris gentium. §. quinimò ff. de pact. & tandem quia hoc legatum de cuius validitate agebatur, erat relictum consobrinæ, cuius defunctus fuerat dum in humanis ageret tutor, ex quo apparebat legatum relictum esse pro exoneranda conscientia, & sic pium, in quo iuris ciuilis solemnitas conquiescit Tiraquell. de pia causa in Præfatione, & priuil. 149 & 155. Valasf. conf. 108. nu. 8.

2 In contrariam iuit sententiam D. Nonius d'Afonseca in confirmationem inclinans sequtus Iabolenum in d. l. si quis, ibi, *magis capisse eum testamentum facere quam fecisse varus*, &c. sequitur Gomes l. 3. Taur. num. 18. & 105. Gama decis. 38. num 3. vnde cum in præsenti testamentum fuerit perfectum, approbatum per tabellionem, cum legitimo testium numero, de ipsius validitate nequit dubitari, licet non potuerit perficere quæ addere intendebat, ex Aretin per tex ibi in l. pen. num. 2. C. de hæred. instituend. Curtius Iun. cons. 12. n. 2. Ruynus cōs. 1. nu 22. lib 2. Barbosa in priuatis scholijs ad l 2. ff. de hæred. instit num. 58. solum namque nullitati locus esse potest, circa ea quæ subsequntur, post approbationē, quæ necessario corruunt, quia cum testator coram eodem tabellione, & testibus disposuerit, censetur sub eadem solemnitate disponere voluisse, & requiri vt testes & tabellio signarent, vnde vel dicamus testamentum clausum, vel apertum, cum non fuerit obseruata forma Ordinat. libr. 4 titul. 80 in princip. & §. 1. debet dispositio haberi pro imperfecta ratione voluntatis, ex notatis à Gama decis. 81. num. 4. Et licet verum sit quod volens probare testamentū per solos testes audiendus sit, vt per Cou. in cap. relatum 1. de testam. numer. 11. vers. tertia conclusio siue legatum in testamento, siue in codicillis relictum dicamus semper defficiunt testes, quia non proponebantur interrogati parte citata, & succedit regula cap. 2. de testibus, Farin. 2. tom. de opposit contra testes q. 72. Ordinat. lib. 3 titul 62 §. 1. & libr. 1. titul. 85. in princip. & libr. 3. titul. 1. §. 13.

3 Ego quinto loco deliberans sentiebam quod de iure communi duæ testamentorum sunt species, in scriptis scilicet, & nuncupatiuum, de vtroque in l. hac consultissima in princ. & in §. per nuncupationem, quod idē de iure Regio statutum est in Ordin. lib 4. titul 80. licet aliud videatur in ea probari, quatenus in principio agit de solemnitate testamenti publici, seu apperti à tabellione confecti, at in §. 1. de secreti seu sigillati, in §. vero 4. agit expresse de testamento nuncupatiuo, quasi de illo nulla fuerit facta mentio, qua occasione aliquando vidimus magni nominis viros, firmantes plures dari in his regnis testamentorum species, in quo proculdubio aberrant, quia testamentum nuncupatiuum dupliciter potest fieri, verbaliter scilicet, coram testibus, prolata vltima hominis voluntate, vt in d. §. per nuncupationem, & in d. § 4. Doct. in l. 3 Taur. Couar. in cap. cum esses de testam Burgens. in d. l. 3. num 637. & 819. quod potest etiam fieri, in scriptis, vt per supracitatos, dummodo tamen fiat palam & testibus agnoscentibus, quod in eo continetur, non implicite vt de iure fieri poterat, ex Burgens in d. l. 3. num. 252. sed explicite vt in d. § 4 cauetur, ibi, *sendolhes primeiro lido*, notat Burgens. vbi supra nu. 637. concordat Tellius ibi 5 part. num. 2. & de hac nuncupatiui testamenti specie agit Ordin d. titul. 80. in princip. & in § 3 & §. fin docent Doctores in d §. per nuncupationem,

& explicat

& explicat d. l. 3. Taur. quæ nuncupatiuum dicit testamentum factum per Tabellionem, vnde testamentum in scriptis de iure Regio illud est quod ordinario vocat *cerrado*, de quo in §.1. concordat d. l.3. & l. partitæ 1. & 2. titul.1. partit. 6 de cuius solemnitate Roland cons.36 num.2. Valasc. cons.177. num.6.

4. Quapropter in dubio, quando non constat qualiter defunctus voluerit testari, ad solemnitatem obseruatam recurrendum est, iuxta notata in l. non codicillum C de testam. tradit Corneus cons.68. num. 14. vol 3. Socin. vol.2 cons.232. Ias. in l. quæ dotis nu.46. ff solut. matrimon. proinde quando in scriptis testamentum reperitur factum, in secreto, testibus minime lectum, & manifestatum indubitanter resoluendum est, quod testator voluit testari in scriptis; secus vero si testibus omnia sint lecta, & publicata, ita post alios Afflict. quæst. 143. num.9. & Gregor. in l.2. titul.1. part.6 gloss.1.

5 Ex quibus dubitari potest. in præsenti an codicillus hic post testamentum celebratus valuerit, & videbatur minime valere, quia cum testamentum in scriptis præcessisset, eodem modo censeri debet testatorem voluisse postea disponere, in codicillis, coram eodem notario, & ijsdem testibus, quia codicilli testamenti iura sequuntur, ex tex. in l. ab intestato ff de iur. codicill ibi, *testamento autem facto ius eius sequuntur*, l. conficiuntur cod. ibi, *vt per fideicommissum testamento facta, &c.* l posthumus §. si paganus ff. de iniust rupt. ibi; *sine dubio vniuersa quæ ibi scripta sunt in causa fideicommissi erunt.* Vnde cum testator continuatiue disponere censendus sit, in scriptis, nec scriptura fuerit perfecta, cum nec signata nec subscripta necessario corruere debet, l. ex ea ff. de testament. Oldrad. cons. 119. quem sequitur Cabed. decis. 169. vbi iudicatum refert D. pater meus Franciscus de Caldas Pereira de emptione capit. 19. à numer. 4. faciunt quæ Valasc. cons. 149. Gama decis. 45. & 126.

Cuius rei efficax est argumentum quod testator ibi varia legata consinxerat, & in prioribus, ipse & testes signarunt, in posteriori autem (de quo hic agitur) id efficere non potuit morte præuentus, quare ille actus debet dici imperfectus ratione voluntatis, & succedit reg. dict. l. ex ea l. fideicommissum §.1 ff. de legat 3. elegans consilium Pauli 365. vbi nec ad pia valere talem dispositionem consuluit, sequitur Decius cons. 159. & cons 488. num. 10. quem citat D. pater meus dict cap. 19 num. 9. in fine, atque in his terminis non valere testamentum dixit senatus Neapolitanus ex Afflict. quæst. 143.

7 Sed adhuc parumper subsistendum est, quia ille qui testatur in scriptis, si se non restringit specialiter ad illam testandi formam, est recepta traditio, quod si defficiant solemnitates necessariæ, vt valeat testamentum tanquam in scriptis, debet sustineri tanquam nuncupatiuum, ex regul l. 3. ff. de milit. testament post Menchac. Crassus §. testamentum quæstion. 10. Mantica de coniectur. volunt. defunct libr.1. titul 7. num 2. forma enim testamenti in scriptis, & nuncupatiui non sunt repugnantes, post Cynum Fulgos. aduertit Menoc. libr.4. præsumpt.2. num. 6. vbi dicit communem etiam quando testator verba expresserit, quibus constet voluisse testari in scriptis, nisi se specialiter ad illam formam restrinxerit, eleganter Mena quæstion. 1. numero 40.

Ex quibus principijs notabam, quod in præsenti testamento, post perfectum illud, testator codicillos com-

componebat, nuncupatiuè quidem, quia illud testamentum quod coram tabellione, & testibus fit non desinit esse nuncupatiuum, vt supradixi, Valasc consf 177. nu 6 vnde de iure Regio solum testamentum in scripris est quando testamentum testibus non legitur, ad cuius rei imaginem pariter codicillos condere licet, vel in scriptis vel nuncupatiuè, quia testamentorum iura sequntur d.l. abintestati ff. de iure codicillorum.

8 Vnde cum in præsenti constet testatorem, post testamentum perfectum, ad aliam disponendi formam transijsse, seu diuertisse, nuncupatiuè scilicet, coram testibus & tabellione codicillos per nuncupationem fecisse censendum est, atque solum restat vt videamus an dispositio sit perfecta, vt prioribus tabulis detrahere posisit, tam ratione voluntatis, quam solemnitatis, & quoad primum non obstant quæ ex Oldrad. & Cabed. supra deduxi, vt voluntatis arguerem deffectum, nam Oldradus procedit quando testator non perfecte disposuit, sed solum præparabat animum ad disponendum, & sic Oldradum communiter interprætari dixit D. pater meus d cap. 9 nu. 7. neque etiam obstat, decisio Cabed. quia licet in principio disputet casum tamen in fine concludit, ideo testamentum de quo ibi non valuisse, quia solemnitates necessariæ defficiebant, ne valere posset, vt nuncupatiuum, prout erant testes non omni exceptione maiores: at vero in nostro casu reperitur perfecta dispositio, respectu voluntatis, quia nihil defficiebat, nisi testatoris signum, secundum quæ eleganter Mena dict. num. 40. adeo vt testis á testatore rogatus iam esset qui pro testatore signasset quod quidem vltimam solemnitatem actus respicit.

9 Circa autem solemnitatem vltima erat congressio, & apparebat quod testes non fuerant interrogati parte citata plusquàm tres, addita insuper tabellionis fide cum tamen quatuor adhiberi debuissent, iuxta Ord. libr. 4. titul. 86 §. 1. quia licet illa ordinatio solum quatuor testes desideret, debet vltra quatuor adhiberi tabellionis fides, sumpto argum. ab Ordinatione titul. 80. in princip & §. fin. atque ideo confirmata fuit sententia, qua iudicatum fuit legatum non deberi, ea tamen declaratione vt posset Actor interrogatis legitime testibus, suum ius persequi, quia quando solemnitas omnis actus reperitur valet vt valere potest, licet non valeat vt gestus est, Gregor in l. 2. titul. 1 part 6. vbi gloss. 1. Afflict. decis. 143. sic limitata regula l. non codicillum. C. de testam.



SVM-

DECISIO LII.

*An res maioratus per 40. annos præscribi possint, ad Ord.lib.4.titul.*100.



1 Vm Blasius Esteues, ortum possideret, quẽ ipse acquisierat à quodã fideicõmissi possessore, quem post mortem suã in forma maioratus proximiori consanguineo restituere fuerat rogatus, quædam Margarita Vaz eum pulsauit vbi primum diem clausit extremum grauatus, vt ortum dimitteret, tuebatur se Reus præscriptione 40. annorum cum titulo emptionis & bona fide, quia rem á fideicommissario pro allodiali emerat; vnde illa oriebatur quæstio an res maioratus præscribi valeant quoad omnes successores spatio 40 annorum cum titulo, & bona fide, iudex sententiam protulit cõtra Reum, & senatus scidit se in vota contraria, Peritissimi namque senatores Nonius d'Afonseca Cabral quẽ sequebatur Iurisconsultissimus D. Di dacus de. Brito de Carualho, reuocandam dicebant eo quod data bona fide quæ alias in dubio præsumitur l pen. C de euictio, & cum titulo habito à possessore maioratus iuncta 40. annorum possessione non est dubium præiudicium inferri omnibus successoribus, quorum opinio suadetur quia triti iuris est immemorialem præscriptionem omnibus nocere, arg. l 3. § ductus aquæ. ff. de aqua quotidian. Gregor. in l. 10. tit. 26. p. 4. verbo ni lo empece in fin. Gomez l. 40. Taur. nu. 90. & est cõmunis ex multis citatis à Molin lib. 4. cap. 10. nu. 3. & 10. Pinel. in auth. nisi tricennale à nu. 39. C de bon. mater. Hieronimus Portoles in tract. de consortib & fideicõmisso cap. 20 à nu. 11. Matienço in l. 8 gloss. 5. titul. 7. lib. 5. nouæ recopil. à num. 25.

3 Vnde cum receptũ sit 40. annorũ præscriptionẽ æquiparari immemoriali quoad omnes effectus arg. tex. in c. cum personæ de priuil. lib 6 vbi ad probandam exemptionẽ ab ordinario cum ius resistat præscribenti, & tẽpus immemoriale requiratur, præscriptio 40 annorũ sufficit, vt per illũ tex dicit Archidiacon. Ioan. Andr. Domini. & alij quos sequitur Molin. lib. 2. c. 6. nu 52. Velasques in l. 41. Taur. glos 6. nu 6. Gutierr lib 5 pract c. 62 nu. 11 & 12. Caldas Pereira forensium q. 23 nu. 101. Cabed 2 p decis 41. nu. 2. Salazar de vsu & cõsue. n. 36. vnde cũ cõmunis opinio hæc duo inter se æquiparet, à communi in iudicando recedere non licet in hoc regno ex Ord lib. 3. titul. 64. Quod efficacius suadetur si consideremus quod contra possessorem maioratus 30 vel 40 annorum cursus sufficit, ergo vt aliquid titulo tribuamus dicendum est cum titulo contra omnes præscribi, sicut alias videmus

mus seruitutes discontinuas non præscribi nisi immemoriali tempore, Couar.lib.4.variar. cap.12.nu.21. cum titulo tamen tempore ordinario.l.vlt. C.de præscript longi tempor. Gomez 2.tom. cap.15. num.28. Couar.libr.1. variar. cap.17. num.15. facit pro hac parte quod res alienari prohibita, non prohibetur præscribi gloss.vlt.vers.sed certe, in l.vnc.C.si aduersus vsucapio. gloss. penult.in l. vlt. C. quibus causis in integrum restitutio, & ibi Doctor. & Bart nu.22. Felin. in cap. cum non liceat de præscriptio.nu.8.communis vt per Gabriel lib. commun.titulo de præscriptio conclus. 13. vers. contrariam, Pinel. in d.auth.nisi à num.25. Menchaca de successio creation.§.26. à nu.110. Sicut alias videmus res ecclesiarum alienari esse prohibitas, & tamen præscribi posse, sicut & res minorum toto titulo.C.de rebus ecclesi. & in titulo.C.de prædijs minor. & ff. de rebus eorum, sicut & res litigiosas vt in titulo.C.de litigios. cap.ecclesia, vt lite pendent. Ord.lib.4. titul 10. & tamen his casibus præscriptio admittitur l.2.§.si à pupillo ff.pro emptor. l.1. C.si quis ignorans. l. 1. C. de long. tempor.præscript.

Quod maxime suadetur quia præscriptio contractu, vel vltima voluntate tolli non potest à priuatis, contra leges eam inducentes in fauorem boni publici, l. nemo potest ff. de leg.1. l. ius publicum. ff. de pact. vnde illa prohibitio debet intelligi in voluntaria alienatione non in necessaria quæ fit ex necessitate iuris l.1. ff.de fundo dotal. talis enim dicitur præscriptio l. 1. & 3. ff. de vsucapio. quæ dicitur alienatio legalis à gloss. in l vsucapio 7.Cod de pignor. facit l.Sticho 36. ff. de vsufructu legat. quam expendit Pinel. vbi supra num. 26. Menchaca n.127. arg.l.qui hæredi §. si pars ff de condit. & demonstra. vnde illa obtinuit concordia quod licet præscriptio ordinaria non admittatur in his quibus alienandi prohibitio obstat, tamen longissimi temporis admittatur vt in maioratibus, vt colligitur ex Paulo in l. vltim. §. sin autem. Cod. commun. de legat. quem sequuntur communiter Doctores ex Ripa num. 114. in l. filiusfamil. §. diui ff de leg.1. Molin. libr. 4. cap.10. numer.1 & 2. Doctissimus Gama decis.344. num.2. quæ conciliatio suadetur ex dict §.vbi autem, ibi, *nec longi temporis præscriptio, &c.* vbi solum ordinaria excluditur expenso textu in sensu directo & contrario, ad idem facit l.1.cum seq Cod. de legib. cap.2. §. contractibus de rebus eccles. quia licet ordinaria præscriptio excludatur quia defficit titulus, non tamen excludi debet longissimi temporis in qua titulus necessarius non est, & à fortiori illo extante facilius admittenda est. Constat namq; quod etiã stãte illa prohibitione potest dari alienatio mero iure valida, & titulus sufficiens ad longissimi temporis præscriptionem, prout contingit quando ius non resistit licet non assistat. secundum communem de qua per Couar.in reg. possessor 2.part.§.7.num.5. quia potest dari titulus iustus cum aliquo iusto iuris errore l. 2. § si à pupillo. Cod. pro emptor Felin. in cap. de quarta de præscriptio num.24. Ias.in dict.§ diui 2.lectura num. 156. veluti si incipiat præscriptio contra instituentem vel habeatur titulus à tertio, dict. l. 2. in fin. Cod. pro emptore communis ex Pinel. vbi supra numer. 36. Gabriel numer. 14. Molin. dict. capit. 10. num. 1.

Quod corrobatur si attendimus quod aliud est prohiberi præscriptionem á Principe qui potestatem habet prohibendi, tanquam iuris humani inuentum princip. instit. de vsucapion. aut si á lege prohibeatur, & aliud prohiberi á priuato qui legi

legi humanæ subest quam ipse tollere non potest Doctores in d.§.diui, & in l.ea lege C.de condict. ob caus. & in l.si creditor 7.§.vlt. ff. de distract. pignor.d l. ius publicum cum vulgaribus; quare satis operatur talis prohibitio si ordinariam tantum tollit non vero eam quæ longissimi temporis cursu est stabilita.

4 Quibus non obstantibus contrarium sensi, & notabam quod licet in rebus fideicommisso subiectis præscribendis nō reperiatur prohibita nisi ordinaria præscriptio in l.fin § fin autem.C.cōmunia delegat,ita vt longissimi temporis admitti valeat vel titulata, vel etiam sine titulo, hæc vtiq; perpetuam exclusionem quoad omnes operari non potest,ex reg.l.1.C.de annali exceptione, quia non valentibus agere non currit tempus, ex Dec. in l.1. num.27.C.qui admitti,Balb de præscrip. 2 p. 6.p. num.21. Paul. cons. 467.nu.2.lib.3 Crotto in l filiusfam. § diui,nu 142.ff de legat.1. late Soares allegat. 3. & latissime Menchaca de successio. creation. §. 26. à num.126. & 131 Molin.lib 4. cap.10. Osascus de Pedamon.177.Gabriel cons.163. à nu. 12 libr.1.Menoch cons.304. Cephalus cons. 624. libr. 5. à num. 58 Gama decis.26.num.5. Peregrin. artic.41.de fideicommiss à num.16. licet Pinel.in d auth à num. 54 contra communem insurgat, & ante eum Corneus cons. 304. num. 31. libr. 3. quorum opinio tanquam cōmuni contraria respuenda est.

5 Nec obstabunt fundamenta factionis contrariæ nam ad primum respondetur longe inter se differre in præscriptione rerum maioratus, præscriptionem 40. annorum ab immemoriali, nam quoties ius commune est cōtra præscribentem, & illi resistit vt in præscriptione rerum maioratus d l fin.§.sed quia. & seq. C. commun. de legat.etiamsi præscriptio 40.annorum sit,titulus necessarius est à principio c.1.de præscriptio in 6. c.si diligenti de præscriptio, vbi gloss. vlt. & communis ex Paris n 46.c.dudum 31. de decim.gloss.1. in reg possessor vbi Couar.2.p. §.5.nu.2. & 1 resol.cap.17. nu.6. si enim titulus defficit præsumitur præscribens possidere mala fide,& ideo titulus ad eam purgandā à principio requiritur, Abbas in c.peruenit, n.3.de emptione & in c.de 4.de præscrip nu 26.& in d c si diligenti n.35. vbi Paris.46. Menchaca Illustrium c. 87.nu.4. atque ex his patet non esse verum quod res maioratus sine titulo præscribuntur quia cum iuris præsumptio obstet nec de titulo in re prohibita alienari appareat, vera resultat mala fides quæ nullū maioratus possessorem excludit, quia requiritur causa aliqua extrinseca quæ possessionem iustificet prout est titulus. l.vlt. ibi sine titulo. C. de fund. patrimon. lib.11.Ord libr.2. titul.35.§. .ibi, *sem titulo algum*, sic in præscriptione 100. annorum si ius resistit titulus requiritur c. si diligenti de præscriptio,Cabed. 2.p decis.41 nu 2.

6 In immemoriali vero titulus non requiritur Couar. d.reg possessor 2.p. §.3 n.2. refert plures Gabriel lib communium titulo de præscrip conclus.1. nu 3.Valasq 8.nu.36. quia habet vim iusti tituli, & constituti etiam in his, quæ non nisi à principe obtineri possunt d.l.3 § ductus aquæ c super quibusdam §. præterea de verbor. signi. Consilium sess.25. de reforma. cap 9. Mantua libr 1. locorum cap.19. Paris. cons.27. ex n.31.lib.6 Couar.1.variar. cap 10 nu 14. Roland. cons.3 à nu.53. & cons 47 nu 41 libr 1.Garcia de expensis cap 9.nu 20. Imò nec admittit probationē deffectus tituli quasi contra præsumptionem iuris, & de iure dixit Menchaca illustri c.81 ex nu.13. vbi ait ex immemoriali titulum potius induci quam presumi, adeo vt

 non

non noceat allegatio tituli injusti nisi ita sit vitiosus quod malam fidem inducat Gabriel vbi sup n 53 Menchaca à n.11. Roland. cons 59 n 17. lib.4 veluti si persona prescribētis sit incapax possidendi quia tunc nec sufficiet immemorialis, c. qualiter Caput clerici cap. decernimus de Iudit. cap.1 de præscrip lib 6 quia etiam immemorialis non procedit sine possessione quæ capacem non facit sed supponit, reg sine possessione lib. 6. neque eo casu vim tituli habebit neque cōstituti aut priuilegij, doct. in c. causā quæ de præscrip. & in c. quanto de consuetud. Gabriel vbi supra num. 26 vel quando à lege ipsa prohibetur & damnatur omnino, de quo Ord. lib 2, tit. 45. §. 6. & §. fin. & tit. 28 & lib. 4. tit. 43 §. 13. in fine & lib. 2. tit 46. & lib. 1 tit. 78 §. 14. & lib 2. tit. 53. §. 5. Licet alias multum per leges Regias tribuatur possessioni vbi reprobata non reperitur lib. 2. tit. 27. §. 1 & §. fin. lib. 1. tit 75. §. 3. lib. 2. tit. 45. §. 10. & tit 9 §. 1. & tit. 27. §. 1. & tit. 87. in principio. & lib. 1 tit. 88 in princ.

8 Vnde cum de iure sit quod in rebus maioratus sit, prohibita alienatio à testatore, l. cum pater §. libertis ff. de legat. 2. & à lege vt in l. fin. §. sin autem C. commun. de leg simpliciter & absolute sine dubio etiā cōprehenditur præscriptio l. alienationis ff. de verbor. sign. l. vbi lex ff. de vsucapio vt in bonis dotalibus l. si fundū ff. de fundo dotal in bonis fæudalibus c. Imperialem de prohib. feud alien. per feder. hæc duplex prohibitio alienationem tollit etiā in casu permisso Gama dec. 116. n. 5. & in hoc differunt bona moioratus à bonis ecclesiæ, vel minoris, quorum alienatio non est simpliciter prohibita sed secūdū quid idest sine debitis solemnitatibus c sine exceptione 12. q 2. doctores in c. cū non liceat de præscriptio Balb. in tractatu de præscrip. 5. p. secūda principal quęst. 4. Inde fit quod non conuertuntur inter se hæc duo, quæcunque quæri possunt 40. annis cum titulo, eadē possunt immemoriali & ē conuerso, quia longe dispar ratio est immemorialis, & 40 annorū præscriptionis cū titulo, quia Illa habetur pro titulo, constituto, & priuilegio ac subinde multo potentior, & in reseruatis principi non admittit probationē tituli defficientis, nec ipsius scientiam requirit, contra quem, & ei reseruata præscribitur, multa congerit Gabriel vbi supra conclus 1. maxime quia immemorialis necessario præcedit maioratus vinculū, de cuius innitio cōstat immemorialis vero non habet initiū, non potest ergo conuerti cum præscriptione 40 quę vinculū subsequitur & cōtra ipsum dirigitur, alias enim non erit immemorialis, l 2. §. idē labeo ibi memoria in contrarium extet ff aqua pluuia. Garcia de expens. c. 9. nu. 29. Couar. in regul. possessor 2 part §. 3. num. 7.

10 Vnde regula absolute vera est in primo casu. vt ea quæ 40. annis cū titulo quæri possunt possint & pariter immemoriali quia concludit á maiori c. super quibusdam §. preterea de verborū. ratio plana est quia cū præscriptio in his casibus sit prohibita, & propter iuris resistentiam requirat caussam extrinsecam, quæ purget vitium illud, nulla alia causa esse potest, quā titulus. qui quidem haberi non potest á possessore cui alienatio interdicta est, qui cum sit nullus à principio ad huc 40. annorum præscriptio, sine titulo manet, quia licet respectu alienantis valeat & in ipsius præiudicium, quandiu ipse vixerit, non tamen successoribus nocere potest. vt dixit Gomes d. l. 40 Tauri nu 90 & in fæudis Mastrillo decis. 105. nu. 18. & plures relati á Menoch. cons. 701. num. 100. omissa opinione Pineli vbi supra numero 55. qui omnem præscriptionem admittit

omissa opinione Pinel. vbi supra numero 55. qui omnem præscriptionem admittit, & alijs quæ inuoluit Gilchenius de præscript. p. 3. c. 13. & succedit doctrina Bald. in cap. 1. §. quid ergo de inuestitur de re alien. quod qui non potest nocere pacto pariter nec præscriptione Decius cons. 445. Soares d. alleg. 3.

11 Deinde quia alienationis prohibitio est realis, & res sequitur alienatas, & prædia ipsa conueniuntur, arg. l. Imperatores ff. de publican. vltra Molin lib 4 cap. 10. á nu. 1. Cabed. 1 p. decis. 96. num. 2. nec quidquam obstat bona fides præscribentis ex d. l. vbi lex, ibi, *bona fides &c.* & est communis ex Euerard cons. 230. col. pen. Gomez d. nu 90.

12 Quod si quis obijciat hoc procedere in ordinaria præscriptione non vero in longissima vt per Balb. 5 p. q. 9. Ruynum cons. 41. n. 16. lib. 1. respõdetur quod idem deffectus tituli reperitur in quadragenaria præscriptione vt supra diximus, & ideo requiritur immemorialis vt per Menoch. dict. cons. 701. num. 104. plures relati à Gilchenio vbi supra num. 4. Gabriel in titulo de præscript. conclus. 11. & 13. Gama decis. 5. numer. 3. & decis 84. num. 2. vbi Flores Romuleus de testatorum præceptis à num. 199. & seqq.

13 Nec obstabunt quæ ex Molin. lib. 2. cap 6. nu. 51. & 52. adduci solent vbi testatur cõmunem quod quadragenaria præscriptio æquipolleat immemoriali nam si attente legatur agit ibi Molin. de præscribendo maioratu, & in fauorem ipsius contra tertios respectu quorum non dubitamus illa duo per viam regulæ illis casibus æquiparari posse, quia in maioratu constituendo tripliciter præscribitur vel tempore longissimo, & immemoriali, vel 40. annis cũ titulo, vt per Molin. vel per binum actum cum temporis longissimi cursu, ex reg. cap. cum de de benefic. de præbend. in 6. Gama decis. 218 num. 2. Valasc. cons. 111. nu. 8. & 132. num. 21. Cabed. decis. 121. num. 3. Surdus cons. 140. num. 45. libr. 1. licet Ordinat. libr. 1. titul. 62. §. 51. etiam ad præsumendum maioratum immemoriale tempus requirat, ibi, *que a memoria dos homẽs, &c.*

At vero contra ipsum maioratum in quo expressa vel saltem tacita datur alienandi prohibitio cõmixta cum prohibitione legis quæ titulum inficiunt propter iuris resistentiam nulla præscriptio admitti potest nisi illa in qua titulus necessarius non est, (licet ius, & eius præsumptio resistat) qualis est immemorialis, & ab ea opinione iniudicando, & consulendo non recedendum dicit Menchaca d. § 26. nu. 131. & super Ducatu de Bejar se ita obtinuisse, nec aliud probat dict. cap. cum personæ, in quo nihil probatur ex his ad quę adducitur vt per Salazar de vsu & consuetud. cap 1. num. 36. nec talis sententia vera est ex supra dictis, nec ex illo tex. deducitur.

14 Nec obstat quod seruitus discontinua quæ non nisi immemoriali tempore præscribitur l. 1 §. fin. l. 2. §. penult. ff. de aq. pluuia arcend. cum alijs vt per Borrel. cons. 46. num. 21. Caldas Pereira receptarum quæst. 5. numer. 35. Caualcanus 5 part. decis. 3. num. 5 & decis. 6. num 50. Landensis in repetit. l. seruitutes numer. 2. Vital. libr. 2. variar. lection. cap. 13. Castillo de vsufruct. cap 68. numer. 6. & 7. & tamen in hac seruitute præscribenda admittunt Doctores temporis ordinarij cursum, non solum cum titulo, sed cum allegatione ipsius Mascard. conclus. 1042. numer. 68. & 74. Borrel. dict. cons. 46. numer. 23. communem dicit Caldas Pereira vbi supra numer. 35. Caualcan. dict. decis. 3. num. 8 & decis 6. num. 28 Castillo d. cap. 68. nu. 9. Quia respondetur quod

in hac præscriptione nulla reperitur de non alienando prohibitio, & sic nil mirum si cum titulo non reprobato à lege ad iuris ordinarij regulas talis præscriptio reducatur, non omittam quod contra hanc vltimam partem quod sufficiat tituli allegatio plures insurgunt contrariam dicentes esse veram, vt per Eguinarium Duar. Conan. Donel. quos citat Vsualdus in Donelo enucleato lib. 11. cap. 11. lit. D. idem tenet Cuiaci. Balduin. Corras. Longoual. Fuluius relati à Gilchenio d. loco num. 4. nouissime Schifor de Guerus ad Fabrum tract. 6. q. vlt.

15 Nec pariter obstabit quod non minus tribuendum est præscriptioni quam sententiæ quæ omnibus successoribus nocet late Pinel. in l. 1. C. de bon. n. 48. 3. p. & in l 1. 3. part. num 48. Gomes l. 40. Taur. num 72. Couar. practic cap. 13. à nu. 6 Zeuallos quæst. 636. Mastrillo decis. 172. D. Caldas Pereira d quæst. 23 num. 77. quia respondetur sententiam declarare rem non esse maioratus nec extrà hunc casum considerari potest nisi quando iudicet rem fuisse præscriptam tempore immemoriali, ex quo etiam ponitur illa res extra prohibitionem nõ alienandi quia supponitur maioratui annecti non potuisse, cumque in hac parte à lege ipsa authoritatem accipiat sententia, nil mirum si omnibus noceat ne rei status sit in incerto, & sufficiat vt semel appareat rem non esse maioratus, nec vt talem possideri potuisse, quod diuersum est in præscriptione in qua res ipsa supponitur maioratui annexa, & præscriptione eximi in quo datur legis resistentia.

16 Nec obstabit si quis dicat etiã præscriptionem foueri legis authoritate in bonum commune, atque ideo non est eius minor authoritas quam sententiæ l fin. ff pro suo. Palla. in rub 69 ante num. 33 Cyrier. libr. 3. de primo quæ fin. quia satisfit quod in hoc casu circa res maioratus præscribendas præscriptio non comprobatur quinimò à lege reprobatur dict. §. fin autem qui licet loquatur in ordinaria tamen cum in hoc casu 40. annorum spatium expectandum sit cũ titulo, adhuc titulo lex resistit, & ideo præscriptio longissima non procedit ex ratione legis vbi lex ff. de vsucapio vt supradixi.

17 Qui enim alienauit se non alios excludere potuit l. facta § si quis bonorum. ff. ad Trebell. vbi hæredis negligentia in non insinuando testamento intra tempus statutum non nocet fideicommissario sicut alias si intra tempus præscriptum bonorum possessionem non petit Aluarad. in cap 1. § hoc quoque, col fin. de successione feud. quæ opinio contradictore caret teste Gregor. vbi supra col. 4 ad fin. & apud Hispanos magis sine dubio est, vbi ex l. 45. Taur. transfertur ipsa possessio in sequentem.

18 Vt igitur præscriptio 40 annorum cum titulo noceat successoribus in maioratu aliqui enumerantur casus in quibus hæc immemoriali æquiualet, nempe si incipiat contra institutorem quia cum innitium habeat habile, & titulum qui eo tempore cõcedi potuit lege nõ resistente l. si fundus ff de fundo dotal. vbi non impeditur cæpta vsucapio quod fundus fiat dotalis, & cum successore compleri poterit ad imaginem præscriptionis contra minorem quæ inchoata cum prædecessore completur in minori ætate D. Caldas Pereira ad l. si curatorem, verbo sua facilitate num. 48. Molin. dict capit. 10 numer. 1. & eodem cap. 10. numer. 5. in idem Gomes d. l 40 num 90. vers tertio, vt procedat quando titulus habitus sit non à possessore maioratus sed à tertio quia illa prohibitio alienandi est personalis, & ex qua non transeunt effectus in vlteriores possessores, vbi cum

cum pluribus doctoribus dicit communem & videtur comprobari, ex l. Sticho 36. ff. de vsufruct. legat. vbi legatarij non habuerunt causam à prohibitis faciunt quæ Bald. in l. 2. C. de vsucapio. pro empt. Paulus in l. fin. §. quia. C. commun de legat. Crotus in d l. filiusfam. § diui nu. 143. Ripa 115. Pinel. in d. auth. à num. 35. verum ex supradictis hæc opinio videtur non secura cum prohibitio sit realis quæ omnem possessorem sequitur ex Cabed. vbi supra, & semper res illa est in alienabilis vt prosequitur Romuleus de testator. præceptis nu. 145. & seqq. vltra quam quod illi Doctores in cõtrarium citati loquuntur in fideicommisso, vt patet ex Molin. de maioratib. tractat. 2. disput. 577. á nu 5.

19 Nec tandem obstant quæ vltimo ponderauimus ex illa hominis prohibitione non censeri prohibitam nisi ordinariam præscriptionem, cum alijs rationibus quas ad propositum adduximus quia satisfit quod in prohibitione alienandi rem maioratus datur prohibitio hominis iuncta cum prohibitione legis, argum l. 2 Cod de vsucapio pro emptore, vbi vsucapi nõ possunt serui pupillorũ alienari prohibiti ex l. lex quæ C. de administ. tutor. ac proinde propter huiusmodi concursum hominis & legis, censetur prohibita alienatio indirecta quæ fit per præscriptionem, quæ alias foret admittenda si sola hominis daretur prohibitio, ita Imol. Alex. Cuman Ripa num 35 in d. § diui, Balb 5. part. 5. principal. numer 34 vers. non obstat, Menchaca successio creation. § 26 nu. 118. facit Auth de alienat. & emphyt. § sanctissimas in princip. vbi prohibitio hominis concurrens cum prohibitione legis effiicit, ne res ecclesiæ alienari possint in redemptionem captiuorum, in quo casu alias poterant alienari attento iure, gloss. 1. ad fin in l. vlt. C. de rebus alien. gloss. in l. ea lege. C. de condict. ob caus. post alios Molin. lib. 1. cap. 12. nu. 32. Gama decis. 116. num. 5. vel melius dici potest (quia constat d. prohibitionem legis post d. l. 2. fuisse latam in dict. l. lex quæ, vt ponderat Aretinus cons 22. col. 4. Ias. in d § diui nu. 23.) quod in d. l. 2. supposita prohibitione testatoris quæ authoritatem habet à lege qua indulgetur vt quis disponat de rebus suis, ita vt lex sit ipsa dispositio, auth. de nuptijs col. 4. l. peto. §. fratre ff de legat 2. Ideo supposita tali prohibitione defficit in præscribente titulus qui non potuit dari emptori, l. si diutina C. de long tempor. nec obstabit quod etiam stante prohibitione testatoris, potuit considerari iustus error qui sufficeret loco iusti tituli, l quod vulgo ff pro emptore, quia satisfit si titulus detur iure approbatus etiam ex iusto errore poterit dari præscriptio non obstante prohibitione testatoris, nec in eo textu de eo agitur quia casus manet omissus in dispositione iuris quod etiam admittimus in maioratibus, vt vbi titulus haberi potest iustus in casibus in quibus quadragenaria immemoriali æquiparatur præscriptio procedere possit quadragenaria, & omnibus nocere non tamen illud per viam regulæ constitui potest.

20 Sic explicabis tex. in l. 1 C. de præscript. longi tempor. ex quo deducunt quod res litigiosa non obstante legis prohibitione si alienata sit potest vsucapi, ex gloss ibi, & in l. alienationis ff. de verbor. signi. Pinel. in Auth nisi num. 25. C. de bon. mater. quia verius videtur quod in eo textu non agitur de præscriptione in re prohibita, & litigiosa, & lite pendente alienata iuxta l. lite C. de litigios. auth. de litigiosis eod Couar practicar. cap. 15. num. 6. Sed de re alienata cessante iam lite, ibi, *post motam & omissam quæstionem res ad noua dominia transierit, &c.* aduertit Felin. in cap. causam, in vlt.

vers item de testibus, Ias in l.2. nu.15. C. de edendo, Cumanus in l. vbi lex in fine ff de vsucapio, vbi dicit communem non esse in contrarium.

21 Sic pariter explicabis l.2.§.si à pupillo.ff pro emptore, vbi contra legis prohibitionem res pupilli præscribi possunt, l. sequitur 4.§ si pupilli.ff. de vsucapio,l.apud celsum. §.itẽ quæritur. ff de doli exceptione. l. 1. C. si aduersus vsucapio, quod quidem ex eo procedit quia res pupillorum licet prohibeantur alienari, vt in l. bonæ fidei ff.de acq.rerum domin. l.1.3. & vltim.C.si quis ignorans res minoris, l.3.C.quibus non obijcitur longi temporis, l.vlt. C in quibus caus. in integrum restitutio; tamen illa prohibitio non est simplex,& absoluta,sed secundum quid & sine certis solemnitatibus, quibus obseruatis alienari possunt,l.1.& per totum ff.de rebus corũ, l.lex quæ.C de administ tutor. prosequitur Cuiat.libr.11. obseruat. cap.12. vnde dict.l.bonæ fidei debet intelligi quando defficit iustus titulus quo stante res minoris præscribi potuisset, & sic defficit titulus qualis necessarius est, vnde ex hoc capite impeditur in eo textu præscriptio non vero ex natura prohibitionis legalis, nec obstat quod res pupilli lõgissimo tẽpore sine titulo præscribi possunt, vt ponderat Cæpola in l.fin.C.in quibus caus.nu. 10.& 17.quia d l.vltim.solam longum tempus excludit vt in d. l. vltim. ibi, *nullum longi temporis,&c.* l.3.C.de auth. præstanda,ibi, *longi temporis,&c.* Menchaca de successio creatione. §. 10. à num 39. quia vltra alias responsiones Pauli, & aliorum de quibus latissime D Caldas Pereira verbo sua facilitate num.46. ex superioribus patet resolutio quod in præscriptione longissimi temporis nulla reperitur prohibitio respectu rerum minorum præscribendarum excepta pupillari ætate.l.sicut, ibi, *pupillari ætate duntaxat, &c.* vnde cum nulla directa prohibitio legis contra longissimi temporis præscriptionem detur nihil impedit vt detur titulus vel tempore inducatur habilis ad acquisitionem.

22 Sic pariter explicabis l.1.ff de fundo dotali ibi, quia hæc alienatio nõ est voluntaria, vbi videtur Paulus sentire quod in rebus dotalib⁹ alienari prohibitis lege Iulia non impeditur alienatio ex causa necessaria, qualis est ex causa præscriptionis quæ fit ex necessitate legis vt supra diximus, sed hic textus debet intelligi de ea causa necessaria quæ nullo modo pendet à voluntate eorum quorũ res alienantur, quia impedire non possunt alienationes, ex necessitate causæ præcedentis, contra illos inuitos, præscriptio autem licet postquam completa est dici posit fieri ex necessitate legis,tamen dum est in fieri completur ex actibus voluntarijs continuatis, contra eum qui patitur præscriptionem qui præsumptione legis suppositiua alienare censetur, & sic præscriptio dicitur habere vim pacti, & conuentionis inter partes.d l.alienationis ff de verbor.signi. notat gloss.in l.1.C.de serui. recepta vt per Gamam decis.276.

Vnde fit quod in maioratibus tunc præscriptio erit necessaria quando vna ex causis enumeratis à Molin.d. cap 10. præcesserit veluti ex debitis institutoris vel simili, vnde tunc præscriptio 40. annorum admitti poterit vt res præscribatur in totum quando ille contra quem præscribitur est plene dominus rei possessæ, quia præscriptione vtile, & directũ dominium acquiritur. At vero possessor maioratus licet dominus ad vitam non tamen est plene dominus cum vsufructuario accedat, & ex voluntate sua non potest pati,vt præscribi posit dominium perpetuo quod ipse habet restrictum ad vitam suam, debet ergo censer

censeri eius voluntas restricta ad ius quod habebat vt contra eum solum eo spatio 40 annorum præscribatur.

23 Illud vnum semper tenendum est quod in casibus in quibus expresse cauetur præscriptionem 40 annorum sufficere vt successoribus noceat semper spatium temporis quo vixit alienans computari non debet, auth. nisi tricennale. C de bonis mater. ibi, *Ex quo suæ potestatis esse apparuerit*, l. vnum. §. sed si fundum ff de legat 2. ibi, *deinceps cæteris &c.* Celsus in l. seruo 72 §. 1. ff. de legat 1. Dec conf. 445. num. 47. Alciat. l. filius § diui nu. 48. Socin. lib. 1 conf. 50. nu. 5. vbi agit de patre vendente emphyteusim pro se, & filijs, Valasc. de iur emphyt. quæst 49. nu. 6. & quæst. 38. nu. 24. Rodoan. de rebus eccles. quæst. 2. cap. 3. num. 6. Guido quæst. 150. Balbus 1 part. 6 principal. num. 17 Gregor. in l. 7. titul. 6. partit. 6. gloss. 3. Gama decis 93. nu. fin.

Ex quibus confirmauimus sententiam ex his fundamentis quibus accesserunt D Ludouicus Mendez Barreto, & Ignatius Collaço de Brito viri consultissimi.

SVMMARIA.

1 *Tribus modis in hoc regno matrimonium contrahitur.*

2 *Quando contrahitur in forma legis Regiæ bona communicantur.*

3 *Leges de societate agentes habent etiam locum Inter coniuges.*

4 *Societas matrimonialis ab alia in quibus differat.*
Inter coniuges non datur societas conuentionalis sed legalis.
Inter coniuges de iure nulla fiebat communicatio. ibi.

5 *Matrimonio simpliciter contracto an saltem inducatur communicatio respectu acquisitorum.*
Confutatur opinio Valasc ibi.
Confutatur sententia Gamæ. ibi.

6 *In matrimonio in forma iuris contracto legata, & donationes non communicantur.*
Ampliatur licet obuenerint propter societatem. ibi.

8 *Licet legata non comunicentur fructus tamen communicantur.*

9 *Explicatur ord. lib. 4. tit. 44. §. 2*

10 *Explicatur Ord. lib. 5. tit. 38. §. 2.*

11 *Confunditur intellectus Barbosæ.*

12 *Tripliciter coniuges contrahere possunt.*

13 *Adultera occisa quomodo communicet in bonis mariti. ibi.*
Adulteræ lex non fauet.

14 *Quando contrahitur cum pactis dicuntur coniuges contraxisse in forma iuris.*

15 *Quæ Expressio requiratur vt legata veniant.*

DECI-

DECISIO LIII.

An matrimonio contracto per dotem, & arrhas lucra obuenientia ex legato, vel simili causa communicanda sint, & an vxor vel maritus renuntiare possint quæsitis, ad intellectum Ord. lib. 4. tit. 46. & tit. 44. §. 2. & lib. 5. tit. 38. §. 2.



Ontraxit matrimoniũ Violante Aluarez, cũ Petro Alphonso Farinha, Adamus Garcia frater sponsæ dotem constituit dicto P. in quantitate quinquaginta mille nummorum ex bonis communibus tam ipsius dotantis quam sororis ea conditione adiecta, seu declaratione quæ sic habebat, *E declararão que sendo caso que a ditta Violante Aluarez faleça primeiro que o ditto Pedro Affonso sem d'antre ambos ficarem filhos, em tal caso os herdeiros da ditta Violante Aluarez se sahirão somente com os dittos sincoenta mil reis com que ella entra neste dote, & não poderão herdar cousa algũa na fazenda do ditto Pedro Affonso que ora tem, & ao tal tempo tiuer. E sendo caso que o ditto Pedro Affonso faleça primeiro que a ditta Violante Aluarez, em tal caso ella será meeyra em toda sua fazenda, &c.*

Vxor prius decessit agunt ipsius hæredes contra maritum vt dotem, & acquisitorum dimidietatem soluat seu restituat Prætor Curialis sententiam protulit qua Reum condemnat in principali, & dimidio omnium acquisitorum matrimonio constante, cumque res ad senatum delata esset dubitabatur. Primum an ex forma dotis matrimonium contractum fuerit iuxta formam legis Regiæ lib. 4 titul. 46. vulgo *por carta d'ametade*, an vero secundum ius commune: deinde an contractu celebrato in forma iuris Romanorum omnia acquisita communicanda sint, an vero sola illa quæ ex quæstu: tertium an legata & similia quoad fructus saltem communicentur.

1 Et quoad primum aduertendũ est tribus modis in hoc Regno matrimonium posse contrahi (licet duobus tantũ contrahi dicat Barbos. 1. p. l. 1. nu. 32. in fin.) vel secundum legem Regiam d. titul. 46. quæ disponit vt bona omnia communia sint simpliciter contrahentium, vel constituta dote, & arrhis, de quo est Ordin. libr. 4. tit. 47. vbi disponit quod tertiam partem dotis non excedant, Cabed decis. 177. & 183 num 2. Doctores in l si constante ff. solut. matrimon. vbi late Barbos vel tandem per dotem sine arrhis, adiectis contractui pactis, & conuentionibus quas ad vnguem obseruari iubet Ord. d titul. 46. his duobus vltimis modis, dicitur matrimonium contrahi in forma iuris communis, sine bonorum generali cõmunicatione probat Ord. libr 4. titul. 60. ibi, *por dote & arrhas*, & ibi, *ou quando casare por outro contrato dotal*, explicat Cabed d decis. 183 n 3.

2 Et de singulis sigillatim agens noto primo, quod quando contrahitur in forma legis Regiæ, bona communicantur inter coniuges ex lege, virtute conuentionis præcedentis, vt in.

vt intendunt gloss. in cap. cum societas 27. quæst. 2. Couar. de sponsal. 2. p. cap. 7. §. 1. num. 5. & libr. 3. resolutio cap. 19. num. 2. Gomes in l. 50. Tauri num. 69. Gama decis. 314. nu. 4. Barbos. vbi supra.

3 Ex quorum dictis videtur dicendum quod leges de societate agentes, habent etiam locum inter coniuges, & vltra tex. in d. cap. cum societas, & cap. 2. de donatio inter vir. quod ad id expendit Gama vbi supra, & cap. 2. de sponsalib. ibi, *ad instar eorum qui societatem, &c.* facit l. 1. ff. de ritu nuptiar. l. aduersus C. de crimin expil. hæredit. l. cum hic status §. oratio, vers. si inter virum. ff. de donatio inter vir. l. alimenta §. vlt ff. de alim. l. ex diuerso 18. in fin ff. solut. matrimon. Hæc tamen sententia vera non est, & vltra ea quæ adducunt Couar. vbi supra n. 5. Garcia de expensis cap 13. num. 14. Tellius in l. 16. Tauri num. 12. Pyrrhus in consuetud. Aurelian. titul. de societat. inter virum, cap. 1. Duaren. in rubr. solu. matrimon. titul. de nuptijs capit. 1. aduerto nullibi in iure hanc communicationem in vim societatis reperiri inductam inter coniuges, quia principalis conuentio coniugum, tendit ad indiuiduam consuetudinem, cap. illud de præsumptio, & ad tria bona de quibus in c. cũ societas. 27. q. 2. & minus principaliter de bonis agitur, nec regulis societatis metiri potest, hæc societas, quæ non ad quæstum instituitur, sed ad alium finem altioris ordinis.

4 Quod suadetur quia in illa quæstus vberior, in hac prolis fæcũditas, in illa quædã cõuentio rerũ ad cõmodiorem vsum, in hac ad matrimoniales vsus, non rerum, sed corporum ad inuicem traditio consideratur, in illa semper attenditur æqualitas, in hac nulla inæqualitas in contrahendo reprobatur, quia non de eo agitur principaliter, illa pluribus casibus dissoluitur, l. 4. vers. dissociamur ff pro socio. §. soluitur instit. de societate, hæc nullis quia à Deo coniunctos nemo separat, adeo vt post separationẽ thori duret communitas, Couar. dict. §. 1. num. 6. Gama decis. 357. Auenda. respons. 20. nu. 9. plures differentias prosequitur Valasc. de partitio quæst. 5. à num. 12. atque ex his debet dici in proposito non dari societatem conuentionalem, sed legalem, & impropriam ita vt leges tituli ff. pro socio, in proposito applicari valeant, quando eadem detur ratio, & non sequatur absurdum, argum. l. non possunt ff. de legib. cap. cum dilecta, ibi, *rationis similitudine de conforma vtili*, explicat Connanus libr. 8. cap. 1. ex Plutarcho & Duaren. in rubr. solut. matrimon. titulo de nuptijs d. cap 1. nec leges quæ de socijs loquuntur habere possunt locum, in coniugibus, inter quos de iure communi nulla fiebat communicatio bonorum, ex Tiraq. de iure marit. gloss. 8. num. iii. Gerardus singul. 99. nec acquisitorum quæ ex propria acquirebantur industria, Matienç. in l. 2. titul. 9. libr. 5. ordinam: sed sibi retinebat maritus, & vxor acquisita, Tellius l. 16 num. 13. l. ex pecunia C. de iur. doc. l. multum interest C. si quis alteri vel sibi, Boer. decis. 81. num. 3 Nauarr. in manuali cap 17. num. 155. Barbos. 1. part. l. 1. nu. 34. Valasc cons. 103. Sicquè debet explicari Barbos. in l si ab hostibus. § fin. num. 60. dum eos omnium bonorum socios sæpe dicit.

5 Vnde dubitat eleganter Valasc. dict. cons. 103. quando matrimonium contrahitur in forma iuris communis dote constituta, & nihil amplius disponitur, an saltem eo casu, debeat induci generalis societatis ratio, respectu acquisitorum, vt sicut in matrimonio simpliciter cõtracto, omnium bonorum generalis fit societas à lege, vel consuetudine, vt quocunq; titulo acquisita cõmunia fiant, & diuidantur de quo

de quo Barbos. Gama & alij supra citati.

Ita pariter hoc casu dicendum sit, respectu acquisitorum, vbi vir ille sequitur eo casu petendam esse interpretationem, non á iure communi, sed á iure Regio, quod nostrum ius commune constituit, vt scilicet censeantur contrahentes in lucris de quibus non egerunt, nec specialiter contraxerunt, se confirmare cum dispositione ordinationis, vt acquisita ex quocunque titulo fiant communia, quam opinionem etiam amplexus est Gama decis. 314. num. 5. cuius meminit Valasc de partitio. cap 6. num. 37. in fin. Sed profecto videtur obstare quia Ord. Regia quæ generalem communicationem induxit, inter coniuges, illud disponit nisi aliter contrahentibus placeat, iubens vt eorum seruentur pacta, vnde fit quod ex contrahendi modo, colligamus quæ contrahentium fuerit mens, qui dum accedunt ad contrahendum per dotem in forma iuris communis, ab eodem iure communi volunt suam actionem interpratari, & ex dispositis sequentia arguimus Cassenate cons. 48. num 34. Gama decis 51. num. 8. Valasc. cons. 83. num. 5. non enim voluntas minus verbis quam factis aperitur l. Paulus ff. rem ratam haber. Socin. cons. 125. num. 1. lib. 1. Mascard conclus. 418. nu. 28. Menoch lib. 3. præsumpt. 57. nu. 11. videndus Barbos. in l. si cum dotem, num. 36. Sicque confunditur sententia Gamæ sup. d. loco quam confutat Barbosa 4. part. l. 1. num 100 pro qua est optima lex Regia lib. 4. titul 60. in fine, ibi, *saluo se no contrato dotal quando casarão fora do costume do Reyno, &c.* vbi supponit interpratationem petendam à iure communi Romanorum non â Regio quando in forma iuris communis contrahitur.

6 In secundo autem dubio quando per dotem contrahitur, in dubium reuocari solet, quomodo acquisita diuidenda sint, & sumpto argumento á societate, illud secundum ius est, quod sicut ille qui secundum Regni consuetudinem contrahit, dicitur generalem contrahere societatem, vt omnia quouis titulo quæsita, inter coniuges communia sint, iuste quæsita, siue ex opera, & industria, siue ex liberalitate alterius, legato donatione, hæreditate, & simili, l. 3 in princ. ff. pro socio. l. societatem 74. ff. eod. siue societas sit expressa siue tacita, Ruyn. cons. 104. num. 2. libr. 1. Roland. cons. 91. libr. 1. num. 30. Tamen quando per dotem contrahitur ita vt solum acquisita communia fiant, quia tunc datur quædam similitudo societatis, ad quæstum contractæ, & particularis. l. coiri ff pro socio, Barbos. 1. part l. 1. nu. 34. ff. solut matrimon. & legata, & donationes, & hæreditas illi solum acquirentur, cui obuenerũt. l nec adijci 9. l. duo 72. ff. pro socio. l. Aristo. 45. vers. & cum quæstus ff. de acq. hæred. post alios Gutierr practicar. libr. 2. cap. 119 á princip.

7 Quod quidem ampliandũ est, licet legatum vel hæreditas obueniant propter societatem, quia hæc causa non dicitur proxima donationis, l socium qui 61. ad fin. illo titulo, Bart nu 4. in l. cum oportet C. de bon. quæ liber. Abb. num 5. in c. postulasti de concess præbend. Pallatius in rubr. § 65. num. 65. Roland. cons. 10. num. 8. vers. quinto, & nu. 15. vers. non obstat, Tiraq caus cessante limit 20. á nu. 4. Gutierr vbi supra num. 5 prosequitur late Barbosa in l. 1. part. 1. numer. 34. Xuares de las ganancias n 45. Gomes 2. tom cap. 5. num. 4. Gama decis 358. numer 1. Matienço l. 2. titul. 9. libr. 5. ordinam gloss. 3. num. 10. idem Barbos. 4. part l. 1 num. 100 & in l si ab hostibus § fin n. 67. quibus addo Ioannem Luppum de lucratis constante matri. cap. 8. alias § 64. nu. 63. fol. mihi 264.

Vnde

Vnde Barbosa infert in dict.l.1. part.1. num.14. quod ante à coniugibus obtenta non communicabuntur, quia pactum censetur referri ad postea acquirenda, non vero ad iam retro acquisita, vnde licet ex venditione illius rei prius habitæ, sequta societate, emptio fiat, adhuc illa res empta non erit communis, licet inciderit in illud tempus, quia censetur fieri ex causa præcedenti, & subrrogata res empta loco venditæ, l. si donatæ. §. si sponsus ff. de donatio inter vir. Tiraq. libr.1. tetract.§ 32. gloss. vnica num.12. Palat. in rubr. §. 62. nu. 4. plures citati à Matienço in l. 2. tit. 9. libr 5 gloss. 2 nu. 4. vnde infert Barbosa ad vsumfructum consolidatum contracto matrimonio, & ad fructus industriales, in quibus coniugis industria obseruatur, quia hi communicabuntur quia ex quæstu, & industria quæruntur.

8 Illud tandem obseruandum, quod licet proprietas legatorum, & hæreditatum nõ acquiratur, nec communicetur vxori, vel è contra, tamen fructus ex illis rebus percepti, communes fiunt, ex Cassan. in consuetud. rubr. 4. § 2. verbo totus nu. 6. Barbosa vbi supra num. 36. Valasc. de partitio. cap. 6. nu. 37.

9 Ex supra positis, explicatur Ordin. lib. 4. titul. 44. § 2. dum in societate certæ negotiationis, legata nõ venire decernit, vt procedat quia in societate rei particularis, solum veniunt, quæ ex titulo oneroso acquiruntur, non vero quæ ex lucratiuo, ex Pinel in l. 1. part. 1. num. 36. C de bon. mater. licet idem Pinel aliter sentire videatur, in l. 4. nu. 2. C. de bon mater. quem citat & ab eo discedit Valasc de parti d. cap. 6 num. 23. quem sequitur Barbosa in l. si ab hostibus. §. fin. ff solu. matrimon nu 61 per tex. in l. de fideicommisso. C. de transactio. Ripa in l. fæminæ nu. 39. C de secund. nuptijs.

10 Sic patet explicatio ad Ordin. libr. 5. titul. 38 §. 2. dum marito occidenti vxorem ex interuallo, & iuste, non permittit, vt lucretur dotem, & legata, seu donationes quæ ordinatio cum loquatur indistincte, & generaliter, sic generaliter videtur innuere, quod in omni dote, communicantur legata, & donationes, quæ lucratiuo titulo acquiruntur, & non oneroso, nec difficultatem tollit intellectus quem ad illam legem assignat Barbosa in d. l. si ab hostibus §. fin. nu. 67. asserens quod illa lex loquitur de contrahentibus per dotem, iuxta formam iuris communis, quod comprobari videtur, ex verbis ipsius, ibi, *que lhe forem dados em dote*, iunctis verbis Ordinationis lib. 4. titul. 47. ibi, *que a molher trouxer em seu dote*, per quæ verba disponit quando de contractu dotali agit, vnde addit quod cum illa ordinatio agat de contrahentibus, secundum ius, ideo legata & donationes, maritus non lucratur, quia cum illa societas sit particularis, respectu acquisitorum, non communicantur legata, sed propria vxoris sunt, qui quidem sensus, prima facie arridet, & etiam Iurisconsultissimos decipere potest

11 Verum ni fallor, aliter se res habet, & alius est verus sensus legis Regiæ, quæ simpliciter & genericè disponit, sine restrictione, ad hunc vel illum casum, & quando ad aliquem casum deberet applicari, semper visa erat loqui, secundum formam contrahendi communem, ab eadem lege traditam in dict. titul. 46. cui difficultati non satis respondet Barbosa num. 69. dum per subauditum intellectum, vel à sensu contrario, pariter dispositum asserit in hoc casu, non enim est credendum hoc Legislatori prudentissimo latuisse, & quod disposuisset in casu minus vsitato, & ad ea quæ iuris communis sunt respexisse, omisso eo quod erat iuris Regij, quod nostrum est ius commune, vt eleganter Gama

decis 50.n.5 & dec.314. Valasc. d cons. 103. Palat. in rubr. de donat. num. 8 & §.68. num. 26. Couar pract. c. 27. num. 4. ad fin. quia quando aliquod dubium versatur inter vtrunque casum semper lex Regia solet se explicare, & casus distinguere, vt fecit Ord. libr. 5. titul. 6. §. 20. vbi insimili dubio clare distinguit casus, & libr. 4. titul. 48. in princip. ibi, *ou por carta da metade ou por dote & arrhas.*

12 Quare dicendũ est quod lex Regia procedit, in omni adultera siue per dotem, siue iuxta legem Regiam contraxerit, quod comprobo primo, ab ipsa lege, quæ generaliter disponit, in omni marito occidente vxorem iuste, & ex interuallo; non ignorans quod non solum duobus vt Barbosa sentit sed tribus modis potest matrimonium contrahi, & forte talibus pactionibus, quæ impedirent legatorum cõmunicationem, vel eam permitterent, etiam quando iuxta legem regiam matrimonium esset contractum, vel per dotem, possunt enim sua pacta adiungere cõtrahentes per quæ partim iuri communi accedant, partim Regio, quæ obseruari oportet; communicationem impediendo in certis rebus, vel in certis tantum eam inducendo; quare inciuiliter lex ad vnum solum casum accõmodatur, relictis reliquis in decisis, quos á contrario sensu dirimere est cæcutire; & Legislatoris mentem diuinare, Deinde ab absurdo comprobo quia si ille sensus admitteretur, graue daretur absurdum, & alienum á Legislatoris sensu, nam sequeretur, quod adultera sic occisa, quæ fortasse cum parua dote iuxta lege Regiam contraxit, dimidietatem bonorum mariti consequeretur, vt ipse Barbosa fatetur d. num. 69. ibi, *quam adultera videtur habere in bonis mariti, &c.* Atque ex hoc sequeretur quod ipsius adulteræ hæredes, quam iuste occidere licet, possent á marito rei vindicare partem quam per communionem habebat in bonis viri, sicque lex illi faueret, dum iuste occideretur, cũ tamen lex eadem tali adulteræ adimat acquisita; & marito donet, vt patet ex ipsa lege Regia, ibi, *& se tiuerem outros bẽs, que ambos ouuessem acquirido esses auerá, o marido in solidum*; cum ergo lex Regia in odium adulteræ, illi adimat ex proprio labore, & industria quæsita quomodo fatendum est, quod ijdem donare intendisset, dimidietatem bonorũ mariti; hoc namque esset contra lucem ire, & in medio sole calligare.

13 Quare sensus illius legis est, quod quomodocunque contrahatur matrimonium, noluit lex fauore adulteræ, imò in eius odium vinculum legale societatis, & consuetudinariæ communicationis dissoluit disponés, quod si maritus solum adulteram occiderit, licet iuste, quia tamen imperfecte se habuit, & quodammodo in officio deffecit, nec plene satisfecit Reip. tunc solum lucrata matrimonio constante retineat; & á fortiori sua propria bona, quæ tempore contractus matrimonij habebat, & modo extant, ridiculum enim erit adulteram repellere, à lucratis pro parte sua, & eam admittere ad dotem mariti, arg l Titiæ ff. cond. & demonstr. Vxor vero eo casu suam dotem integram etiam retineat, & eius hæredes, si in forma iuris contraxit, ipsam dotem cum legatis, & donationibus, sin minus, dotem quam secum adduxit integram sine vlla communicatione, quia lex reputauit vxorem adulteram, communicatione indignam, eamque repellit atque arcet, quasi à principio illa resolutiua conditio inesset contractui, nisi peccaret in legem coniugij, ne ex actu & thoro à se violato, commodum aliquod consequeretur, & ideo lucrata marito tribuit.

Quæ ratio decidendi, aperte ostenditur,

ditur, ab ipsa lege Regia, dum paulò infra addit, *que se a matar juntamente com o adultero, ou a accusar, que em tal caso auerá todos os bẽs da molher*, quæ verba exceptionem à supra positis continent, quæ debet esse de regula. Decius in l.1.num.20 ff. de regul. iur. Medices in pri. reg num 31. Cagnol. in dict. l. 1. num. 29.

Vnde fit quod si supra limitatè disposuerat, tantum quando per dotem, & arrhas matrimonium fuerat contractum, ineptè postea excipit quando vxorem cum adultero occiderit, quia eo etiam casu non debebant venire legata, quia sub illa dote legata, & donationes non veniunt, quod tamen lex aliter disponit, ibi, *auerà todos os bẽs da molher*, quod non magis conuenit doti quam donationibus, & alijs rebus vndecunque quæsitis, igitur nõ conuenit secunda pars ordinationis primæ. Atque ideo verius videtur quod quando maritus, vel accusat vel vtrunque occidit, omnia bona vxoris ex quocunque titulo illi obuenerint lucratur, in recompensam iniuriæ, sibi illatæ, ob adulterium, non habita distinctione vel per dotem contraxerit, vel in forma legis Regiæ patet, ibi, *todos seus bẽs*, appellatione enim bonorum non sola dos sed & legata continentur, quod quidem á lege posse fieri nemo ambigit, & comprobatur ex Ordin. lib 5. titul. 25. §. 7. vbi accusata vxore maritus tam dotem quam legata percipit quando adultera filios non habeat, prosequitur Farin. quæst. 142. nu 111.

14 In vltimo tandem casu, quando pacta matrimonij contractui adiecta sunt, tunc etiam per dotem, & arrhas contractus celebratus censetur, ex his quæ Cabed. d. decis. 183. num. 3. & succedit totus titulus ff. de pactis dotalibus: vnde dubitari solet inter eos qui contrahunt in forma iuris communis, an possit in pactum deduci, vt legata & hæreditates communicentur, & hanc clausulam vsu receptam tradit Valasc. d. cons. 103. nu. 26. Licet ipse sentiat quod quando nihil exprimitur, debent censeri contrahentes se conformare cum dispositione ordinationis, vt omnia fiant communia, quam opinionem supra confutauimus, & retenta contraria dubitari solet quæ expresio requiratur, vt legata & hæreditates, in communionem deduci valeant, in quo inhærendo opinioni doctissimi Gamæ decis. 358. Resoluendum est quod tribus modis potest contrahi matrimonium in forma iuris communis, vel sub dictione seu clausula vniuersali, vt communicentur omnia bona, vel omnia acquisita, vel secundo cum pacto vt communicentur acquisita, simpliciter, vel tertio sine vlla declaratione. Primo modo videntur contrahentes velle vt omnia acquisita fiant communia, illa enim est potentia signi vniuersalis, ad imaginem societatis, omnium bonorum in qua omnia bona, tam præsentia, quam etiam futura continentur, l. 3. in princip. vers. cum specialiter, l. 5. in princ. l. coire 7. l qui societatem vniuersarum 74. vbi gloss. ff. pro socio, Gomes de contractibus cap. 5. num. 3. Menoch. præsumpt. 56. num. 38. Frater Ludouicus c. 61. col. 3. Decius cons. 68. à princ col. 4. & cons. 548. In secundo casu quando exprimitur vt communia sint acquisita, nõ veniunt, nisi ea quæ ex natura actus venire debent, quia cum societas illa sit particularis, in ea legata nec donationes continentur, Gama decis 358. & expresio censetur facta eo modo, quo à iure inest, quæ naturam actus non immutat: nec obstabit, quod locutio indiffinita, æquipollet vniuersali, l. si seruitus 22 ff. de seruit. vrban. l. si pluribus 45. ff de legat. 2. cap. quia circa de priuil. vnde videtur hæc clausula æquipollere vniuersali, quia respondetur,

pondetur, quod illa regula procedit, quando eadem omnino ratio est, in his quæ sub vniuersali comprehenduntur, secus vero si diuersa, quia tunc magis operatur vniuersalis, quam indiffinita conuentio, gloss. in cap. vt circa, verbo aliorum in princ. de elect. in 6. communis vt per Couar. 1. resol. cap. 13 nu. 9. & colligitur ex l quæsitum 76. §. illud, iuncta l hæres 98. §. 1. ff. de legat. 3. & ex l. si cui in princip. illo titulo, iunct. l periculis 4. §. habeo ff. de auro & argent. legat. Vnde in hoc contrahendi modo, illa indiffinita vniuersali non æquipollet, nec legata comprehendi possunt. In tertio tandem casu acquisita communia nõ sunt, sed acquirentis fiunt ex Barbosa d nu. 100. vbi supra.

Ex quibus cum in præsenti maritus & vxor contraxissent, quod decedente primo sine liberis hæredes ipsius solum dotem 50. mille nummorum deducerent, & reliqua bona marito acquirerentur. Si vero vxor superuixisset marito, tunc dimidietatem omnium bonorum haberet, succedente primo casu, ex vi pacti inniti, hæredes vxoris non plus petere possunt, quam d. summam, nec aliquam partem acquisitorum habere possunt, quia lucris censetur vxor renuntiasse in fauorem mariti, iuri enim non repugnat acquisitis renuntiare, in euentum alicuius conditionis, Barbosa in l diuortio in princ. in fine vers. ac proinde, l. 9. titul. 9 lib. 5. ordin. & illud insinuat illa particula solum vel tantum, de qua Felin in c. contingit de arbitr. nu. 3. Ias. in l. 1. num. 9. ff. si quis ius dicent, Caldas Pereira de renoũa. quæst. 1. num. 15. Azeued. in l. 2. tit. 13. lib. 8. nouæ collectio. Surdus de alim. quæst. 2. tit. 1. nu. 2. & decis. 291. nu. 19. Atque ex his sententiam Præsidis confirmauit Senatus tamen ex sententia doctissimi Nonij d'Afonseca Cabral, & Michaelis de Barreira, & Petri Aluarez Sanches me reluctante euictum est vt hæredes mulieris etiã haberent dimidietatem acquisitorum (quæ non veniant ex legatis vel hæreditate) quibus non satis renuntiatũ erat per illud verbum *somente*. Scriba Chaues.

Conducit ad illud quod supradiximus quod ex modo contrahendi colligimus formam contractus an accedat iuri communi vel Regio, quod in alio casu iudicauimus nam cum quidam Antonius de Mello Insulæ da Madeira fideiussisset pro quodam debitore tandem in eius bonis petebatur executio, vxor opposuit quod bona quæ capiebantur erant dotalia, in dote autem nihil de arrhis agebatur, sed quædam simplex dotis constitutio aderat, in fine tamen exprimabatur quod casu quo maritus sine liberis discessisset, dos integra conseruaretur vxori, nec dimidia pars ad patrem ipsius veniret, quæ clausula repugnabat communicationi legis Regiæ, quia si dos fieret communis, vtique pater admitteretur filio sine filijs descendente, Ord. libr. 4. titul. 82. §. 4. & ideo Senatus censuit contractũ fuisse celebratum in forma iuris, & confirmauit sententiam Præsidis quæ respectu bonorum dotis executionem annullabat. Scriba Antonio Carualho.



SVM-

SVMMARIA.

1 DOs promissa filio testibus probatur non tamen genero.
2 Ex pollicitatione nec ciuili, nec canonico iure oritur obligatio.
Pacta nuda de iure canonico producunt actionem. ibi.
3 Pollicitatio quando detur.
4 Pollicitatio facta absenti, & praesenti quomodo differunt.
5 Ex pollicitatione considerata in sua propria natura nulla producitur actio.
Durasse promissorem in eadem voluntate quomodo probetur. ibi.
6 Pollicita dote durante eadem volũtate, & parte à genero acceptata efficax datur obligatio.
In his quae defferuntur ex dispositione legis non est necessaria partis praesentia. ibi.
7 Vbi lex requirit publicam scripturam an quinque testes requirantur.
Mediatoribus contractus an adhibeatur fides. ibi.
Singularibus testibus an detur fides. ibi.
8 Quae in eo sint opiniones.
9 Testes absolute singulares non faciunt plenam probationem.
An tales sint de qui de uno actu continuato per suas partes deponunt. ibi.
10 Differentia quae sit quando agitur de aliquo probando in genere vel in specie.
Genus nisi probetur per actus speciales non potest percipi sensu corporeo. ibi.
11 Testes quando dicantur conuenire in fine vt coniungi possint.
In probatione praesumptiua Duae praesumptiones adesse debent respectu eiusdem actus. ibi.
12 Explicatur cap. cum causam de probatio.
13 Testes singulares tunc probant quando alijs adminiculis iuuantur.
14 Duo testes qui in fine conueniunt in dote probant licet singulares.
In criminalibus apud nos testes singulares non probant. ibi.
15 Mater tenetur dotare filiam mortuo parente.
16 Testes esse mediatores non efficit quominus faciant fidem.

DECISIO LIIII.

An dos promissa à matre coram testibus qui singulares sunt de actibus promissionis plene probent, cum alijs adminiculis explicatur Ord. libr. 5. titul. 13. §. 7. & tit. 71. §. 7. & lib. 3. tit. 59. §. 19.



CVm D. Francisca da Sylua, filia Senatoris Petri da Sylua qui Cancellarius maximus Indiæ extitit, dũ fata Deusque sinebat, contrahere vellet matrimonium, cum Ludouico de Mendoça Furtado, mater eius D. Mecia Ferreira, dotem promisit genero, scilicet, quinque milliũ ducatorum in mobilibus, & vasis argenteis, & insuper maioratũ, qui erat nominationis, quæ quidem promissio seu pollicitatio, genero & filia absente facta, coram illis testibus, seu coniugij mediatoribus, proponebatur, non simul coram omnibus sed diuersis actibus, seu vicibus, sequtis nuptijs sub spe promissionis præhabitæ, distullit dict. D. Mecia stare promisis, & facto implere quæ verbo testata fuerat, litem mouit gener, & filia contra socrũ & matrem, illa in articulis agnouit, se dotem promisisse solum quinque mille aureorum, & non amplius, quæ iam exoluerat, in mobilibus ab ea enumeratis, fidemque suam ad plura non obstrinxisse. Iudex sententiam protulit contra Ream, eamque condemnauit in 20. mille aureis petitis ab Actoribus, cumque res esset ad senatum deuoluta in varias sententias itum est, atque ego quinto loco sequentia notabam. Quod in hoc processu de aliquibus dubitabatur, primo an ex illa promissionis forma, pollicitatio daretur, & an ex ea efficax in dote oriretur obligatio; secundum, an testes deponentes de singulis actibus promissionis plenam efficerent probationem dotis promissæ; tertio, an mater teneatur dotare filiam, & compelli possit dotem constituere, ex verbis suæ promissionis.

1 Et quoad primum, illud supponendum est, quod Actores regio iuuabantur dipplomate, ad probandam dotem in forma iuris communis, obstabat enim agentibus Ord. lib. 3. titul. 59 in princ. nam licet promissio dotis filio facta, possit testibus probari, etiã stante dict. lege Regia, non tamen genero, Cabed. arest 72. ex reg l. si pater marito C. de dotis promis. vbi gloss. notat Boer. decis. 328. Ruyn. cons. 204. num. 3 lib. 1. prout in præsenti factum extiterat, Ordin. d. titul 59 §. 11. atque ideo oportuit, regio dipplomate iuuari, pungit Valasc. allegat. 72. num 23. Gama decis. 32. & in hoc casu debebat dipploma Regia manu signari, quia excedebat quantitatem concessam, Senatoribus Aulicis in suo regimine §. 76. quo alij testes non admittuntur quã specialiter in schedula seu supplicanominati.

2 Quo supposito quoad primum videtur de iure notissimum, quod ex pollicitatione, nedum ciuili, sed & Canonico iure, nullam produci obligationem, ex Panorm. in cap. cum inter ad fin. de electione, Molin. de

primog

primogen.libr.4.cap.2.num.62. Matienço l.7. titul. 10. libr. 5. ordinam. gloss. 2. num.15. sentit gloss. in rubr. C. de dotis promis. Alex. in l.qui absenti §. fin. in fin. ff. de acquir. poss. Nouel de dote 6.part speciali 1. nu.2. Nata conf.253. num.5. libr.2. Gomes in l.50.Tauri nu. 19. & in hoc differt à pacto nudo,quod de iure Canonico actionem producit, cap. 1. de pact. & attento ciuili exceptionem, l. iuris gentium. §. igitur nuda. ff. de pactis, quia saltem ex eo nascitur obligatio naturalis, l. Stichum.§ naturalis ff.de solutio quæ exceptionem parit,princ. instit.de exceptio.

3 Quando autem talis pollicitatio detur,non sine dubio est,Doctores sentiunt dari, quando aliquid absenti promittitur, non interueniente nuntio,vel epistola; secus vero si promittatur præsenti, quia hoc casu inest pactum, quia concurrit præsentis cõsensus, qui dicitur consentire, in sibi vtilibus, l. qui patitur.ff. mandat. reg. is qui tacet de reg. iur libr. 6. quare debet differre hoc pactum à simplici pollicitatione, l.3. ff.de pollicit communem testatur Alex.in l.1.ff.de pact. Ias.in rubr.ff.de verbor.nu.6. Ripa 21. Galeaula 47. sed videtur nimis restringere Iurisconsulti diffinitionem positam in d.l. 3. quia Iurisconsultus ibi non simpliciter, ait, pollicitationem esse,solam promissionem,sed offerentis; quæ quidem dictio præsupponit præsentiam, eius cui offertur, iuxta l. Iulianus § offerri ff.de actio. empt. l.si solutum.ff.solutio auth.offeratisse Cod. de litis contestat. pugnat. etiam tex.in l.ex pollicitatione.9 ff.de pollicitat. l. sciendum. §.dictum.ff.de ædilit edict & licet hæc opinio videatur verior.& à modernioribus sequta, vt per Decium in rubr. Cod.de pact. Alciat. in rubr. de verbor.in princip. Loriotus de pactis,axiom.10. Angel.in § præterea in 1.n.11.insti.de exceptio.

4 Tamen prior est communis, ego tamen puto verius vtroq; modo pollicitationem dari posse, vel si fiat absenti, promissio, vel præsenti, cum ea differentia,quod quando pollicitatio nuda fit absenti, qui consensum adhibuit, dum promittens in eadem voluntate persistebat, licet tunc attenta origine pollicitatio sit, gloss. in l.nuda.C.de contrah. & committend. stipul. tamen ex superueniente consensu, pactum fit, argum. l.si stipulet 35. §.fin. ff.de verbor obligat. Barbosa 3.part. l.1 num. 14. in fine. Si autem fiat pollicitatio præsenti, si ipse tacet, etiam pactum resultat quia licet figura attenta sit pollicitatio, attenta iuris præsumptione pactum est, quia præsens in sibi vtilibus dicitur consentire, dict. l. qui patitur ff. mandat. Barbosa d.nu.14.

5 Vnde inferendo ad dotem resoluendum est, quod si pollicitatio, consideretur in sua propria natura, sine pacto expresso,vel tacito, nulla ex ea producitur actio, etiam fauore dotis,Barbosa vbi supra numer.15. & in hunc sensum debent accipi gloss. in rubr. C.de dotis promiss. quia regula l. 3. ff. de pollicitatio, etiam dotem comprahendit, quare si fiat absenti,si durante promissore in eadem voluntate, absens consentiat, pactum inducitur, & fauore dotis competit actio, ex Alciat in rubr.de pact num.12.& á fortiori si fiat præsenti,& tacenti, l.10. tit. 11.part.4. vbi Gregor. gloss.2. durante autem promissorem, in prima voluntate constabit, si opus promissũ inchoauerit, vel partem soluerit. arg. l.1. ff. de pollicitatio, atque iat debet exponi, rubr. C. de dotis promiss.vbi Cynus & Fulgos & l.fin.C.ad Vellean. ibi pollicitus est, l vnica.§.accedit.C. rei vxor.actio. l.fin.in princ.C.de iure doti,& quæ Azo.in summa.C.de dotis promiss.num 2. quibus locis hæc satis confuse traduntur.

6 Ex quibus in prima quæstione, dicendum est efficacem dari obligationem, in præsenti primo quia si dicamus nudam pollicitationē à principio intercessisse, tamen cum constat pollicentem, in eadem voluntate durasse, & promissionem fuisse acceptatam à genero, qui sub d promissionis spe contraxit matrimonium, & dotis partē recepit, vtiq; vtriusque cōtrahētis consta consensum durasse, quousq; completum fuit opere matrimonium. Insuper quia D. Mecia destinato nuntio, ad promittendum genero dotem, illam promisit, vt apparebat ex testimonio ipsius, quo casu, pollicitatio præsenti facta censetur, cum nuntius mandantem referat, cui gener acquieuit, ex sua parte implens causam, in quo nisi dicamus expressum tacitum resultare consensum, non est dubium, etiam si tacuerit, & ipso iure pactum inducitur, fauore generis, & in fauorem vxoris absentis, fingitur stipulatio, l. vnica § accedit. Cod. de rei vxor actione. l. fin. in princip. C. de iur dot. Nata cons. 253. num. 5. libr. 2. Nouell. 6. part. priuileg. 78. num. 3 quia in his quæ defferuntur ex dispositione legis, non est necessaria partis præsentia, l. cum pater 79. §. surdo ff de legat. 2. Barbos vbi supra nu. 15.

7 In secundo dubio tres adsunt testes, interrogati vigore Regij dipplomatis, quibus obijcitur primo quod quandò lex requirit publicam scripturam, non minus quam quinque testes admitti possunt. l. testium. 14. C. de testibus, Misinger. libr. 1. obserua 5. num 2. Mascard. conclus. 479 num 1. Secundo quod testes erant mediatores contractus matrimonij, vt ipsi deponunt, atque ideo nulla illis fides adhibenda erat, ex his quæ Farina de opposit. contra test. quæst. 60. num. 442. Gama dict. decis. 32. numer. 1. Tertio quod testes erant singulares deponentes, de actibus particularibus, ex quo eorum fides vacillat, ex his quæ notantur in cap. licet causam de probatio, Simanch. de catholic. cap. 62. num. 18. Rojas de hæreti. 2. part. num. 122. Zeuallos quæst. 703. Gutier. practicar. quæst. 12. lib. 3 à nu. 6. & seqq. Mascard vbi supra num. 7.

8 Et notandum est, quod post longam controuersiam, an testes singulares probent & coniungendi sint, vt plenam efficiant probationem in ciuilibus, vna & altera obtinuit communis, de qua Zeuallos vbi supra, cū alijs distinctionibus, inter causas criminales & ciuiles, de quo per Clarum § fin quæst. 53. num. 18. & seqq & q 63. Aymon de antiquitat. 4. part. in cap. sed á principio, & cons. 73. á num. 32. Menchaca de successio creat. § 4. nu. 46. Couar. libr. 3. resolu cap 3. num. 5. Ioseph Ludoui. decis. 9. Gutierr. libr. 3. practicar. quæst. 12. num. 1. Mascard. d. conclus. 479. Cardoso verbo testis nu. 41. Menoch. d. c. arbitrar. cas. 235. num. 23. Gabriel libr. 1. commun. titul. de testib. conclus. 2. Gomez 3. tom. variar. cap. 12. numer. 12. Menoch cons. 186. num. 24. plures citat Cened. ad decretal. collect 172. num. 2. & seq.

9 Quorum dicta colligendo illud videtur verius, & in praxi receptius esse, quod testes absolute singulares, non efficiunt plenam & ordinariam probationem, ex tex. in c. bonæ 29. cap. cum dillecti 32. de electione, Thomas 22. quæst 70. articul. 2. ad 2. Penha in director. 3. part. quæst. 72. quia semper defficiūnt in numero, cū duo non sint, licet mille testes singulares adsint, Cened. vbi supra num. 3. Peres libr. 2. titul. 15. l 8. Roland. cons. 50. volum. 4. num 6. tales tamen non dicentur hi, qui de vno actu continuato deponunt, per suas partes, vt in illis qui per foramen de visu testantur, nō eodem ictu, sed diuersis vicibus, Felin. in cap. licet ex quadam nu. 2. de testibus, Rebuff. de reprobat. test. nu. 534.

& post

& post Bart. in l. quærebatur. ff de testam. milit. Lazarus de momento temporis cap. 19. num. 1.

10 Circa duo tamen adhuc Doct. non bene conueniunt, primum quando agitur, de aliquo in genere probando; secundum quando in specie & testes in fine conueniunt, an coniungendi sint, in primo licet aliqui aliter sentiant, verius est etiam quando agitur de probanda iurisdictione, vsura, & similibus in genere, duos requiri testes in singulis actibus probandis, ex Decio in c. licet causam de probatio. n. 7. Abb cons 42. lib. 1. Rojas d. 2 part. nu. 134. Menchac. d §. 4. nu. 45 decis. Pedam. 72. Bursatus cons 96. nu. 14. & cons. 117. nu 10. Roland. cons. 48. nu. 29. lib. 4. Mascard vbi supra nu. 3. & concl. 947. num. 1. Ratio est quia sicut genus prædicatur de suis speciebus, quas sub se continet, l. semper in generalibus. ff. de reg iur. ita per illas ostenditur, & probatur, nec potest aliquid ostendi in genere, nisi ostendatur saltem in aliqua ex speciebus suis, sicut id quod non est verum nec probatum in aliqua specie, non potest dici verum aut probatum in suo genere ex Salyc. nu. 16 in l. testium. C. de testibus, Anton. nu. 20 in c. cum oporteat de accusatio, Mascard. concl. 856. num. 10 genus enim nisi probetur per actus speciales, non potest percipi, sensu corporeo, de quo solum testes deponere possunt, c. testes 3. quæst 9. Innocent. in c. cum causam de testibus, sequitur Gutierr. vbi supra nu. 12. licet aliter sentiat Clarus d. q. 53.

11 In secundo casu obscure traditur, quando testes conueniant in fine, vt coniungi valeant, de quo in l. qui sententiam C. de pænis, & illud videtur dicendum quod quando agitur de probando certo aliquo actu, actus ille dicitur finis, & substantia rei, si vero agitur de probanda aliqua re, in genere, prout iurisdictione, quæ ex pluribus actibus resultat, tunc particulares illi actus, sunt finis & substantia rei, ita vt quando testes in illis concordauerint, dicentur conuenire in rei substantia, licet diuerse loquantur de circunstantijs vel alijs accidentibus, sicut alias in probatione præsumptiua, quæ ex diuersis præsumptionibus insurgit, quælibet præsumptio specialis actus, debet duobus testibus comprobari, ex l. milites §. oportet C. de quæstio, Bald. cons 154. libr. 2. Aymon. cons. 57. nu 5. vnde sicut in probatione præsumptiua perficienda duæ præsumptiones requiruntur, & in probatione indiciali duo inditia, sic pariter illa præsumptio vel illud indicium duobus debet testibus comprobari, Valasc. cons. 154. num. 20. Barbosa 1. part l 2. in princ. nu. 84.

12 Sicque debet explicari cap. cum causam de probatio, quod testes ibi coniungantur, quia concordant in substantia rei, Gabriel lib. communi sub titulo de probatio. n. 14. sic pariter procedit cap. vltimum de successio ab intestato, de cuius intellectu agit Costa in l. si ex cautione fol. 243. quia ibi agitur de confessione facta in testamento, quæ plene obligat, si testator non superuiuat Felin. ibi num. 24. maxime parte præsente l. hæredes. §. vltim. ff. de testam. Bart in l. Lucius. §. quisquis. ff. leg 2. Mascar conclus. 345. nu. 33. vel dic quod testes ibi deponentes de confessione non erant singulares, & deponebant de eodem actu, in quo iuuabant illum vnicum testem, deponentem de professione.

13 Hæc tamen opinio quæ verior est, nõ simpliciter accipiẽda est, sed eo tẽperamẽto, quod ex testibus singularib⁹, plena inducatur probatio, quoties illorũ fides alijs adminiculis coadiuuetur, sicq; debet interpretari Bart. in l. admonẽdi n. 48 ff de iur. iur qui indistincte docuit, vt duæ semiplenæ probationes debeãt cõiungi, cuius opinio in hoc

hoc regno obseruari debet, ex Ordin. lib.3.titul.64.in princ.maxime quando pro eo est communis opinio, de qua per Zeuallos d.quæst.703.licet ex moderniorum sententia,alia communis in contrarium adsit, quia lex Regia iubet sequi communem,non contra communem,maxime quando pro prima communi est Bart. opinio, qui indistinctè duos testes efficere plenam probationē licet singulares si ad eundem finem tendunt, supponit.

14 Vnde inferēdo ad nostrū casum, sine dubio est,debere horū duorū testiū dicta coniungi,vt plena dotis efficiatur probatio,cum agatur de probanda dotis certæ promissione, super cuius probatione deponit, primus testis, se de mādato Ream dotem promisisse,& eius iussu, cui accedit alius testis, qui pariter de eadem promissione plene deponit,& se fuisse dotis mediatorem, quibus duobus testibus in fine conuenientibus promissionis factæ, licet de diuersibus actibus, accedit alius testis, qui profitetur,se Ream audiuisse asserentē se dotem filiæ constituisse, illius quantitatis, de qua priores testes deposuerunt,insuper additur pro adminiculo confessio ipsius Reæ, quæ agnouit in articulis se constituisse dotem,licet non tam amplam,quæ confessio comprobat illud, quod á testibus dictum fuit,& ipsorum fidem maxime iuuat, & facit quia quando plures actus habent vnam tantum originem,& vnam causam, illa origo rectè probatur,per testes singulares,respectu actuum, Gutierr. vbi supra num. 10. quod etiam obtinet in delictis,vt probationes quæ in fine conueniunt cōiungantur,tenuit Barbos in l 2.1.part. in princip. num. 81. ex gloss. in cap. veniens de testibus, etiam quando probationes sint diuersæ speciei,quod apud nos non puto verum ex Ordin. libr.5 titul.13. §7. & titul.71.§7. vbi in illis casibus specialibus testes singulares admittuntur,& non alias, nos vero agimus in ciuilibus, & de probationibus non diuersæ sed eiusdem speciei, & tot adminiculis, & dictis aliorū testium de quibus in processu roboratis, quod si obijciatur, ex his duobus testibus solam confessionem dotis probari, quæ confessio parte absente tantum semiplenam facit probationem, satisfit, quod cōfessio parte etiam absente, in dote plenam probationem efficit,l cū de indebito §.vlt ff. de probatio, Mascard.concl.343.n.34. Gabriel de confess.concl.1.num.35.

15 In tertia quæstione non est dubium matrem teneri dotare filiam, quando defuncto parente ipsa bona possidet, in quibus filiæ legitima parentis debetur, licet enim dotare filios sit patris officium. l.fin. Cod. de dotis promiss.Gomez in l.80.Taur.num.12. Tamen defficiente patre,matrem illa obligatio sequitur, nec obstat l. neo mater C.de iur.dot. quæ matrem non adstringit ad dotandam filiam,vt per Viuium libr. commun. verbo mater fol.87. quia satisfit,procedere viuente marito, quia eo mortuo,pariter ac ipse officio iudicis compelli poterit, vt dotet si diues sit, ex Cyn. Bald. & Salycet in dict. l. nec mater,& est recepta sententia ex Claudi. in l. 1. ff. solut.matrimon. col.3. Ias.in §. fuerat nu.15.instit.de actio. Boer. quæst. 129. num.3. Corras in l.qui liberos.ff.ritu nupt.num.112. & eam teneri per modum alimentorum dicit Alex. in d.l. 1.num.21. quam obligationem etiam pro modo facultatum extendit Ripa ibi n.97.& sic non bene constant quæ Gomez l.50.Tauri nu.24.quem refutat Couar. lib.3 resolutio.cap.19.nu.3.

Atque ex his Senatus censuit, ex illis duobus testibus cum alijs adminiculis, dari legitimam dotis promissæ probationem, iuncta Reæ confessione, in articulis emissa, non ad integros 20. mille aureos petitos, sed ad dictos

ad dictos quinque mille aureos, à matre confessos, & ad maioratum de Estremos in quo testes illi conueniebant.

16 Cui decisioni non obstat, quod testes erant mediatores cõtractus matrimonij, ex quo in testes produci nõ poterant, vt per Mascard. concl 1039. Gabriel sub titulo de testibus, concl. 20 Decius cons.463.nu 12. Paris.cons. 58 num 82. vol.4. prosequitur Gama in simili casu d decis 32 nu.1. Respondetur enim, quod licet mediatores & proxonetæ attento iure communi, propter causæ affectionem repellantur, tamen de iure Regio aliter se res habet quod quidem nostrum ius commune est, vt per Cabed decis 106 n.9. & decis 100 nu.13 & 21. de iure enim Regio etiam proxonetæ admittuntur ad testificandum, ex Ord. lib 3 tit.59. §.19 & lib.4.tit.2.§.2. & lib.1.titul.48. §.21. Imò quod magis est, quod quando non dubitatur de contractu, si super quantitate rerum, solum controuertitur proxonetæ dicto, & testimonio standum est, ex dict. §.19. in fine. Cum ergo in præsenti constet, illum testem consanguineum, nuntium & mediatorem dotis fuisse, & Rea non difficetatur se dotem promisisse, quoad quantitatem ipsius, mediatori, plena fides adhiberi deberet, ex quo apparet dubiam reddi opinionem doctissimi Gamæ ad d.legem Regiam, quia & in matrimonio probando mediator admittitur, ex Mascard. vbi supra num. 24 & 28.

Nec pariter obstat quod in contrarium adducebatur ex l. testium quod hoc casu quinque requirebantur testes quia duo sufficiunt Valasc. dict. allegat.72.nu.19 sic iudicamus 3. Nouembris 1616. fuit scriba Gomes.

SVMMARIA

1 Marito immobilium & vsusfructus alienatio prohibita est.

2 Explicata Ord. lib. 4. titul.98.§.2.

3 Pater vsumfructum sibi à lege delatum remittere potest.

4 Maritus licet non alienet quæsita tamen alienare potest quærenda. Ponderata Ord.lib.4.tit.48. ibi.

5 Possessori maioratus licet administrationem in sequentem transferre.

6 Si pater filio remittit fructus maioratus non tenebitur filius conferre fratribus.

7 In repudiatione fructuum aduentitiorum non datur fraus.

8 Contrarium verius quod vxor agit pro parte vsusfructus renuntiati.

9 Ord. explicata lib.4. tit.98. §.2. Ratione fructuum datur communicatio etiam in societate particulari.ibi.

10 Pater non conficiens inuentarium priuatur bonis & vsufructu.

11 Explicatur Ord.lib.1.tit.87.§.8.

12 Maritus potest nocere vxori omittendo.

13 Marito

DECISIO LV.

An pater in præiudicium secundæ vxoris possit filijs primi matrimonij fructus legitimarum remittere? & an alimenta data filijs secundæ vxoris pro sua parte soluenda sint? explicatur Ordin. lib. 4. titul. 48. & tit. 98. §. 2.



FIlij Doctoris Petri Nunez da Costa Senatoris aulici, eo defuncto cōtra nouercam D. Mariam de Faria, super bonorum diuisione litem mouerant, & circa plura torquebantur, allegando nullitates partitionum, super quibus iudex sententiam protulerat, plures insuper errores proponentes, qui resarciendi forent, & quia senatui placuit, vt illæsis partitionibus læsiones componerentur, iuxta praxim quæ vetat eas annullari, ex his quæ Valasc. de parti cap. 39. num. 70. iuncta Ordinat. libr. 4. titul. 96. §. 18. Dubia quæ in processu versabantur in eo erant, an potuerit pater post secunda vota remittere filijs primi matrimonij vsumfructum, quem habebat in bonis legitimæ ipsorum. Secundum, an alimenta quæ filijs primi matrimonij, de communibus bonis præstita fuerunt, deberent pro sua parte vxori exolui. Tertium, an fructus pendentes ex prædijs censualibus essent diuidendi, vt fierent communes etiamsi tempore mortis penderent.

1 Et quod attinet ad primum dubiū sine illo est quod soli marito sicut immobilium sic vsusfructus alienatio interdicta est, à lege Regia lib. 4. titul. 48 in princip. ibi, *em que cada hum delles tenha o vsufructo*; qui inter immobilia computatur, ex Tiraquell. de retract. 1. part. §. 1. gloss. 5. num. 55. Cassan. in consuetud. Burgund. rubr. 10 §. 1. gloss. 3. num. 24. quia est pars fundi legalis, idest integralis nō subiectiua, seu prædicamentalis, tex. in l qui vsumfructū vbi Bart. num. 3. Angel Alex & Imol. ff de verbor. l 4. ff. de vsufruct. l. si ab emptore ff. de euict. idem Bart. in l. Mæuius §. fundo ff de legat. 2 exornat Peralta in l Lucio Titio 23. ff. de leg. 1 num. 1 vnde vel vsusfructus sit causalis, qui vere & proprie vsusfructus est, & pars fundi dicitur, quia causatus à dominio rei possessæ, Pinel. in l 1. 2 part.

2.part.num.10 C.de bon. mater.gloss. in princip.instit. de vsufruct. Doct. in l.1.ff solut.matrimon. Barbos.in l.vsufructu illo titulo à principio.

Vel sit formalis, qui est seruitus de per se,& ius separatum ab ipso dominio, vt per Ias. in l. plane 34.§.pen.ff. de leg 1.Bart.in d.l.qui vsumfructum, vbi Ias.num.5. vtroque modo alienatio prohibetur inconsulta vxore propter graue ipsius præiudicium sicut cæterorum immobilium de quo Pinel.in l.1. C.de bon.mater.part.3. nu.19. Valasc. conf 77.num.3. & conf 83. & 85.nu.6. D.Caldas Pereira verbo cum non absimilis.n.33.& de emptione cap.8.nu. 6.& 7. Barbos. in l. 1. part. 5. ff. solut. matrimon.

2 Obstat adhuc Ordin.lib 4.titul. 98.§.2. quæ permittit patri indistincte, vt remittere possit filijs vsum fructum aduentitiorũ, quæ renuntiatio, non videtur requiri expressa,quia sufficit tacita, si ex coniecturis colligatur patrem noluisse,vt sibi acquireretur, sicut sufficit tacita prohibitio, ne vsusfructus patri acquiratur,ex Paulo in l.cum filio nu.18.Alex.n.24.in fin. Ripa 69. ff de leg.1. Valasc. conf.108. num.34.

3 Secundo obstat,quod in nostro casu,sine dubio videtur, vt pater vsũfructum sibi à lege delatum,beneficio legis cum oportet C.de bonis quæ liber.remittere possit,cũ constet ipsum, cum dicta secunda vxore per dotem in forma iuris cõmunis contraxisse, Ord.lib.4. tit 47. adiectis pactis dotalibus, circa dotis soluto matrimonio restitutionem, quæ pacta efficiunt, vt per dotem & arrhas, contraxisse censeantur,Cabed.decis.103 n 3. Vnde fit quod cum inter sic contrahentes, non habeant locũ leges, quæ agunt de socijs omnium bonorũ, quia hic cõtrahendi modus,proprie accedit societati particulari, quia solum respicit lucra cõstante matrimonio acquisita, vtiq; hæc lucra solũ cõmunicantur, quæ ex quæstu vel industria coniugũ, acquiruntur,non vero quæ ex lege,vel legitima successione,vel legati vel donationis titulo, deducitur ex l.coiri ff. pro socio.l.7.cum seqq.eod. tit. gloss. in l.3.§.1. verbo cum specialiter eod. Pallat.in repetit.rub.§.65.n.63. Gama decis.358.nu.1 & habetur in l.3.titul.9. lib.5.ordinam.vbi Matienço in glos.1. Barbos. in l. si ab hostibus.§.fin ff.sol. matrim. à nu.67. Cum igitur in hac specie nulla communicatio fiat inter coniuges,non debet censeri interdicta alienatio,quæ solũ vxoris præiudiciũ intuetur quod hic non versatur.

4 Tertio quia licet marito non liceat alienare, acquisita matrimonio constante, quando immobilia sint,tamen quærenda alienare potest, vxore inaudita & inconsulta,sicut aliàs vxor cuius in his rebus imbecillior est conditio, hæreditatem legatũ sibi relictũ, & iam delatum absque marito repudiare potest, & donationem, firmat Tiraq.in leges connubial gloss.5.n.31. quem citat Menchaca quæstio forens. cap.13.n.3. quæ traditio,licet in vxore dubia sit,quia mariti authoritas læditur,insuper imprudens vxor ruet, forte hæreditatem lucrosam repudians, vt ponderat idem Menchaca citata l.54.Tauri,quam in eo iuri conuenire contendit, quia hæreditatem adire est quasi contrahere,quod cum mulier efficere nequeat ex Ordin. lib.4.titul. 47. pariter nec repudiare poterit ex reg l.is potest ff.acq. hæred. & facit l. magis puto. §.fundum. ff. rebus eorũ, Tiraq. autem debet intelligi de vxore habente bonorum administrationem. In viro tamen dispar est ratio, sicque procedit l. qui autem. §.1. ff. quæ in fraud. creditor. quia habet bonorum administrationem, etiam in abutendo, l. sed etsi §. consuluit.ff de petit. hæred. In cuius rei confirmationem pondero verba Ordinationis

lib.4.titul.48.in princ. ibi, *nem bẽs em que cada hum delles tenha*, quæ supponunt interdictam esse alienationem, bonorum iam acquisitorum,& in fine ibi, *qualquer officio que tiuer*, & in §. 2. ibi, *& cobrar essa possessão*, in quo ostendit egisse de re possessa, & alienata, non vero de quærendis, prosequitur Pinel in l.1.de bon. mater 3 part.num. 103. & facit d.l.qui autem, & l. si postulante. ff ad Trebell. per quæ iura Goza consf 97.num.3 & 4. firmat creditoribus ex tali repudiatione fraudem non fieri, l.non fraudantur.ff.de reg.iur. quod etiam procedit in legato, licet hoc videatur ipso iure quæri etiam ignoranti, vt in l. à Titio.ff de furtis, & sic repudiari non posse, vt dixit Alciat. in l. alienationis. ff. de verbor.signi. non aduertens quod ille tex. etiam loquitur, in legato in vers. sed & illud; atque ideo Federi. cons. 9. eleganter voluit, Prælatum posse repudiare legatum ecclesiæ delatum, sequitur Lappus allegat. 26. Roman. cons. 184. alij, quos citat Alex. in l. legatum ff.de leg.1.num.2 vbi Socin. num. 2. quia non dicitur damnum pati in repudiatione, cum eius patrimonium non diminuatur, l. 3. ff. de damno infect. tex. autem in d.l. magis puto § fundum, specialiter procedit in minore, sicut etiam l in fraudem 45.ff.de iur.fisci, vbi fauore fisci, non licet iura delata repudiare, & dicit casum specialem Gozadi cons. 97. num. 7. gloss.1. in l.12. titul.10 part.5. Tellius in l.4 num. 62. vel dici potest in dict. § fundum veram dari alienationem,& ideo ibi annullari repudiationem, sed non est talis alienatio, quæ videatur fieri in fraudem creditorum, quia ad hanc requiritur patrimonij diminutio,ex Cagnolo in l non fraudantur ff de reg iur.& sic ad hunc tantum effectum, ne fraus committatur repudiatio legati fieri potest, non vero ad alios iuris effectus, quia iure alienat qui legatum repudiat, argum. l. nemo ex socijs.ff.pro socio.

5 Vltimo facit, quia possessori maioratus licet administrationem in sequentem transferre, l.patrem.ff.quæ in fraud. creditor. per quem tex. tenent Doct. posse patrem non retinere partem fructuum aduentitiorum, quã lucratur ex filij emancipatione l cum oportet.§ cum autem. C. de bon quæ liber. §. hoc quoque instit. per quas person. nec creditores hanc remissionem reuocabunt, vt iudicatum dicit Albericus ibi.

6 Vnde si pater filio maioratum restituat in vita, vtique filius nec fratribus fructus ex eo perceptos, restituet, nec conferet, quod comprobat Regia Ordin.lib.4. titul.97. in princ. vbi non adstringit filium ad conferendum fructus, in vita ex donatis à patre perceptos, sed tantum post mortem patris, ibi, *será obrigado trazer a collação as nouidades que os bẽs que assi tiuer renderem despois da morte dos donadores ate o tempo das partilhas, &c.* Molin. de iustitia disputat. 238. vers. quando Valasc.de partitio.c.13. num.14. vnde cum filius non conferat fructus perceptos in vita, multo minus conferet perceptos post mortẽ, quia post mortem ad ipsum filium deuoluitur maioratus successio, qui cum capit à primo instituente,& d.Ordin. dum fructus post mortem perceptos auferendos dicit, procedit quando res donata erat conferibilis, quia per mortem patris redit ad patrimonium defuncti, & efficitur communis inter hæredes cuius fructus, eo casu augent hæreditatem. Cum igitur maioratus non sit conferibilis, nec fructus à morte defuncti, arg. l.vnum ex familia ff. de leg 2. Molin. libr.1. de primogen. cap. 4. num. 6. l. hæreditas ff.de vsur. Valasc.de partitio cap.30. numer. 14. Mieres de maiorat. 4 part quæst. 24.

Molin.

Molin. de iustit. disputat. 635. cessat collatio.

7 Sic igitur similiter, & pater donare potest fructus sibi obuenientes à filio, quia in ea repudiatione fraus nō inest, nec vxor potest conquæri, cum non alienatio sit, sed non acquisitio, quod marito licet ex his quæ Cabed. decis. 109. 1 part. Valasc. de parti. cap. 3. nu. 5. nec morte mariti tales fructus, ad collationem spectare possunt, ex supradictis tetigit Gama decis. 118. prosequitur Valasc. de parti. c. 13. nu. 144.

8 Verum his non obstantibus cōtrarium est verius, in puncto iuris, imó vxorem legitime agere posse pro sua parte vsusfructus recuperanda, quam pater filijs remittere minime potuit, quæ veritas ex responsione ad obiecta melius apparebit.

9 Non obstat in primis Ordin. d. titul. 8. §. 2. quia illa Ordin. supponit terminos habiles, vt pater dimittat vsumfructum, quando nullum aliud in eo consideretur præiudicium, quam ipsius alienantis, veluti quando in viduitate est, nulla sequta communicatione cum secunda vxore, prout in præsenti, quia tunc obstat legis resistentia, dict. titul. 48. quæ vsusfructus alienationem impedit, inconsulta vxore.

Nec obstat secundum fundamentum quod matrimonium fuerit contractum per dotem, & arrhas, atque innita particularis societas, in qua non veniunt nisi acqnisita ex quæstu, quia hoc procedit respectu proprietatis rerum quæsitarum, non vero respectu fructuum, ipsarum in quibus datur communicatio inter coniuges, ea lege contrahentes. Barbos. l. 1. 1. p. nu. 36. Cassa. rub. 4. §. 2. nu. 6.

Nec obstat tertium quod prohibitio Ordinationis solum quæsita respicit, non quærenda, quia satisfit quod alienatio aduentitiorum, vel vsusfructus, debet fieri à patre, antequam illi acquiratur, aliàs minime fieri potest, nam licet per momentum resideat in communione fit acquisitum inalienabile, faciunt quæ Decius cons. 260. num. 5. Alex. in l. 3. ff. de damno infecto, quod quidem pariter procedit in hæreditate, vel legato, Cabed. d. decis. 109. á num. 1. optime D. pater meus in repetit. de inoffic. testam. nu. 198.

10 Quare licet ita foret de iure, in nostro casu respondendum, tamen ex alia ratione sustineri placuit vsusfructus alienationem, nempe quod constabat parentem post obitū primæ vxoris inuentarium non confecisse, quo casu â lege Regia priuatur pater vltra successionem filij, etiam vsufructu, quæ quidem pæna ipso iure inducitur per Ordin. lib. 1. titul. 87. §. 8. sic passim interpretata in Senatu faciunt quæ Tiraq. in l. si vnquam, verbo reuertatur nu. 119. illud namque important illa verba, *por esse mesmo feito*, prout in similibus casibus disponunt Ord. Regiæ lib. 2. tit. 16. in fin. & titul. 17. & lib. 2. tit. 45 §. 42. & §. 55 & tit. 48. § 9. & lib. 4. tit 71. in princ. & lib. 5. titul. 6. §. 10. & alibi.

11 Nec obstat quod eadem lex Regia agit de priuatione vsusfructus, in oratione separata, ibi, *& esse for seu pay será priuado do vsufructo de seus bēs*, vbi vtitur verbo *será*, quod non est latæ sententiæ, sed ferendæ, iuxta glos. verbo probetur, in l. iubemus. §. fin. C. de sacros. eccles. Tiraq. vbi supra à nu. 20 Cabed. 1. part. arest. 73 quia satisfit, quod in eo versiculo censetur repetita clausula, *por esse mesmo feito*, quam supra lex posuerat, non conficientibus inuentarium intra duos menses, quam etiam legem praxis non solum ad parentes, sed ad aliū quemcunque, qui inuentarium conficere tenetur extendit, Valasc. de parti. capit. 8. numero 40. Gama decis. 122. & 184.

12 Vnde cum maritus possit nocere vxori, per omissionem seu gerendo actum, ex quo pœna afficiatur, hæc alienatio non censetur comprehensa sub prohibitione legis, cum ex necessitate iuris procedat, atque ideo potest maritus non soluendo canonem, nocere vxori, & emphyteusim amittere, maxime si propria ipsius sit non vxoris, Menoch. consf.88. nu.42. & consf.182 num.14. Surdus decis.102. nu.6. & decis.286. nu.8. Cabed. decis. 154. 1. part. Sic promissionem à defuncto factam, cui ipse successit adimplere potest, Corras. in l.2 ff. de serui. num.9. Menchac illustrium c.32. nu. 13. Tiraq ad leges Connubial. gloss 8. nu 184. Pinel. in l.1. C de bon. mater. 3. part. nu.24. Roland consf.21 à nu.13. Burgensis in proœmio legum Tauri nu.306. Ex quo fit quod cum maritus bonam fidem agnoscens, cõfessus fuerit se inuentarium debito tempore non confecisse, & cũ semper habuisset animum remittendi vsumfructum filijs primi matrimonij, non puto illam confessionem fraudelentam, cum ex inspectione inuentarij, appareat extra tempus debitum fuisse confectum.

13 Atque ex his in hac prima parte sententiam reuocandam duximus, quia marito non potest imputari nisi probetur dolo desijsse acquirere, l. sed etsi lege. §. proinde. ff. de petitio. hæred. ibi, *sine dolo possessionem noluerit admittere*. l.2. ff. de hæred. vel actione vendita. §. sed etsi, ibi, *dolo malo factum est quo minus ad eos perueniat*, & ibi declarat tex. quando dicatur commissus dolus, & est bonus casus in l. 1. §. etsi ff. si quis omiss. causa testam. ibi, *dolo autem malo fecerit quo minus possideat euenit vt perinde teneatur acsi hæreditatem adiuisset*. Vnde cum de dolo mariti non appareat imò eius confessio, veritate actorum comprobetur, illius dicto standum est.

14 In secunda autem quæstione, an alimenta filijs præstita matrimonio constante debeant pro sua parte, vxori præstari, dicendum est cum Bald. in l. hac edictali. C. de secundis nupt. quem sequitur Burgos quæstione ciuili 8. num. 18. quos & citat, & sequitur Valasc. consf. 118. à num. 2. eodem Bald. in l. si paterno num. 2. C. de secund. nupt. & cum Surd. titul. 6. quæst. 11. num. 4. & titul. 4. quæst. 12. num. 4. vxori suam partem soluendam, cum ipsa non teneatur filios alienos ex suo alere, alimenta enim filiorum primi matrimonij; solum ad patrem spectant, ex ratione Ordinationis libr 4. titul. 95. §. 4. Valasc. consf. 103. num. 36. Gama decis. 177. & decis. 366. num. 6. & quia iudex aliter sensit eius in hoc sententiam reuocauimus.

15 In tertia quæstione circa fructus pendentes diuidendos, iudex pronuntiauerat ne diuiderentur, cum ante diem quò colligi deberent, secundum legem locationis maritus decessisset. Quæstio quidem est ardua, quotidiana, & scitu digna, quam tetigit Valasc. in sua praxi, partitionum cap. 29 per tot. licet ibi egerit de diuisione fructuum, quando matrimonium fuit contractum in forma iuris communis, & omiserit casum in quo secundum legem Regni contrahitur, in quo fructus rerum tanquam capitale communicantur, quia contrahentes ad instar sociorum omnium bonorum contrahere censentur.

Insuper vir ille doctissimus fructuũ diuisionem inter coniuges faciendam decernit, ex dispositione l. diuortio ff. sol. matrim. vbi ex Papiniani sententia, communis habet, ex verosimili mente vxoris fructus primum vindemiæ reputari fructus sequentis anni, ita vt simul cum illis fructibus sequentibus vnum corpus efficiant, & marito,

& marito, acquirantur pro tempore matrimonij, & quo maritus sustinuit onera coniugij, explicat Barbosa in d. l. diuortio à nu. 10. & 12. vers. ego opinionem Papiniani.

16 Verum miror virum illũ doctissimum nõ aduertisse hæc quæ tradit, & deducit ex intellectu d. l. diuortio, apud nos seruari non posse, cum in d. l. diuortio fructus diuidantur ratione onerũ matrimonij, l. pro oneribus C de iure dot. pro rata temporis. At vero apud nos ratione societatis tacitæ, quæ versatur circa fructuum, & acquisitorum communicationem de quo apud Hispanos etiam extat l. 5. titul. 9. lib 5. ordin. vnde marito fructus non sunt ad iudicandi pro rata temporis quo onera subijt, vt ipse docet num 19 sed potius diuidendi sunt æqualiter, quasi inter socios, quod apud Hispanos ita faciendum testatur Ayora de partitio. cap. 9. num. 1. & post eum Barbosa in dict. l. diuortio in princip. num. 27. vers. sed potius, vbi dicit non standum legi diuortio, sed recurrendum ad regulas l. pro socio 38 in fin. ff pro socio, l videamus §. ex causa ff de vsur Gregor. l. 26. titul. 11. part. 4. Gomes l Tauri 50. num. 11. Matienç l. 4. titul. 9. libr. 5. ordin gloss. 1. num. 2. & ibi Azeued. num 27. Molin de primogen. libr. 3. capit. 11. numer. 6. quos Barbosa citato, idem Barbosa numero fin. in fin.

17 Vnde fit quod si apud nos vxor contrahat per dotem, & fructus rerum dotalium iam collegerit, tunc fructus illi marito non acquirantur, sed augeant vxoris dotem, sicut alia quælibet mobilia, quod si pendent fructus tunc dotem augent pariter vt & rei, & fructuum fiat æstimatio l. 4 titul. 9. lib 5 recopilat. Ayora d cap. 9. num. 3. Si vero contrahant secundum legem Regiam si collecti sint communicabuntur vtique non tanquam fructus, sed tanquam capitalia. Si vero fructus pendent vt quia pendebat vindemia tempore matrimonij, secundũ legem Regiam contracti, tunc fructus communicabuntur, quasi inter socios, cum iam ex re communi percipiantur, ex reg l si quis putans 6. §. 1. ff. cõmun. diuid. l. qui scit in princip. ff. de vsur. in quo non videtur bene aduertisse Barbosa d. nu. fin. vers. tamen & nati, dum hoc vltimo casu fructus communicari sentit tanquam capitalia cum potius cõmunia sint, quia fructus ex capitali iam communi percipiuntur, viden quam diuerso iure vtamur à decisione legis diuortio?

18 Ex quibus sequitur quod si agimus de fructibus ex dote diuidendis, soluto iam matrimonio, tunc videtur habenda ratio l. 10 titul. 4 libr. 3. fori, quæ eleganter distinguit, an fructus seminati sint, & appareant ex arboribus, quia tunc diuiduntur pro rata temporis, sed quia lex illa apud nos non extat, recurrendum est ad ius commune, & ad decisionem d. l. diuortio, prout sensit Valasc. d num. 19. sed aliter Barbosa vbi supra num. 27. Imò æqualiter fructus diuidendos dicit ex Gregorio in l. 26 titul. 11. part. 4 gloss. fin. Gomez in dict. l. 50. num. 11. quod apud nos locum habet cum tacita etiam contrahatur societas, respectu acquisitorum prout apud Hispanos disponit dict. l. 5. titul. 9. libr. 5. ordin. quia tamen inconuenit, vt fructus futuri & immaturi in medio anni cursu diuidantur, fiet eo tempore secundum statum præsentem, æstimatio fructuum, & illa æstimatio diuidetur, ita vt augmentum quod postea accreuerit, cedat lucro domini, pungit Ayora dict. cap. 9. numer. 3. Azeued. in dict. l. 4. titul. 9. libr. 5. numer. 27. quod quidem tam procedit in matrimonio contracto per dotem, & arrhas ac contracto secundum legem

Regiam, cum vtroque casu æqualis fructuum detur communicatio, nisi aliter contrahentibus placeat, quod quidem tam in naturalibus fructibus, quam in ciuilibus, obtinebit, quando scilicet fundus locatus est.

19 Vnde in censu, vel alijs similibus pensionibus, in quibus nullum periculum considerari potest, sed certo soluendæ sunt, dempto seu compensato, exactionis labore, vel alijs quæ extrinsecus considerari possunt, & facta computatione temporis, quo societas illo anno durauit, fiet diuisio fructuum, qui etiam æstimari debent, secundum præsentem statum, vt scilicet superstes coniux, solum soluat, quantum illa pars fructuum suo tempore colligendorum, modo valeat, & æstimari debeat.

Vnde in præsenti non bene se iudex gessit, negans pensionum debitarum diuisionem, quasi decedente marito ante diem solutioni adiectum, nihil ei fuerit acquisitum. Scriba Gaspar Garces.

SVMMARIA.

1 *Contractus assecurationis validus est.*
Susceptio periculi non redit conuentionem illicitam. ibi.
2 *Interprætat cap. nauiganti de vsur.*
3 *Assecurationis contractus magis assimilatur emptioni.*
Causæ mercatorũ ex bono & æquo deciduntur. ibi.
Traiectitia pecunia quæ sit. ibi.
4 *Pecunia assecurata excedit mutui terminos.*
5 *Interesse vt hoc casu sit iustum ex natura contractus, & communi vsu æstimandum.*
6 *Contra naturam assecurationis non est vt fiat in naui mercibus vacua scienter.*
7 *Dominus mercium dupliciter periculum suscipit.*
Vel in pecunia data, vel in naui refecta. ibi.
8 *Si suscipitur in re aliena illud periculum emitur.*
9 *Quando assecurationis periculum suscipitur in naui, an ipsa diruta assecuratores teneantur in totum.*
Nauis quæ reficitur eadem carina manente eadem est. ibi.
10 *Nauis corpore extante assecucatores non tenentur.*
Quid si magister à pluribus sub periculo eiusdem nauis pecunias exposcat. ibi.

DECI-

DECISIO LVI.

De assecuratione mercium sub periculo nauis, ad Ordin. libr. 4. titul. 67.



EDuardus Fernandez solis 600. mille nummos cuidã nauis magistro nauigaturo, in Indias Occidentales dedit, sub pacto soluendi 70. pro 100. cuius pecuniæ periculum in nauis corpore suscepit, sub forma & clausulis consuetis, iuxta regium dipploma in domo publica assecuratorum seruato. Nauis à pyratis capta fuit, & ex pillatá bellicisque quassata tormentis, à pyratis postea dimissa, quia inutilis reperiebatur, portum proximiorem magno cum labore, & periculo nauigantium appulit, vbi refecta est Hanc pecuniæ quãtitatem Magistro sub grauibus vsuris traditam, d. Eduardus assecurauit, in publica domo, & sequta iactura, assecuratores pulsabat, ipsi multa opponebant, inter quæ illud erat, quod nauis extabat, & viuebat, vt ita loquar quare cum non perierit, non commissa erat obligatio, licet enim constaret per partes refectam fuisse, vt ad nauigandum vtilis redderetur, tamen eadem carina manente eadem est nauis, insuper quod ab alijs Magister summas receperat, quæ excedebant valorem nauis, & sic quod incæpit non valere contractus assecurationis pro excessu, tertio quod saltem deberet fieri computatio valoris nauis quæ extabat, quibus non obstantibus sententia cõdemnatoria lata est, & placuit prudentissimis Senatoribus confirmandam, quibus accessi & quia res est quotidiana in animum induxi, eam altius apperire, & notabam materiam resoluendam esse sub sequentibus dubijs. Primum erat: An hic modus contrahendi valeat, & sub quo inter esse. Secundum: Assecuratorum periculum in quo consistat. Tertio: An salua manente naui teneantur assecuratores, & pro qua parte.

1 Et quoad primum de validitate contractus assecurationis nemo ambigit, quia illa susceptio periculi, & dubij euentus, recipit æstimationem in pecunia, D. Thomas 22. quæst. 95. art. 8 August. de doctr. Christian. 3. to. libr. 1. cap 28. & 2. tom. cap. 108. ex regula l. periculi ff de nautico fœnore, l. si iactum. ff. de actio. empt. l. sed etsi quis ff. si quis cautio. l. fistulas §. frumenta ff de contrah empt. prosequitur Valasc cons. 64. num. 2. & cons 18. à princip. Rebello de obligationibus iustit. libr. 16. de contract. assecuratio quæst. vnica num. 1. Molina Theolog. 2. part. dispu 507. à princ Santeranens. in tract de assecuratio in princ. nu. 5. 6. tomo tractatuum fol. 348. Surdus cons. 306. num. 4. Stracha. in titulo de assecuratio in princip. nu. 44. vbi pro hac opinione citat tex. in l. & hæc distinctio. ff. locati, & addit quod susceptio periculi, non reddit conuentionem illicitam, nisi & ipsa sit illicita, cap. fin de vsur. facit l. iuris gentium §. item si quis pactus. ff. de pact. l aristoni ff. mandat. l 1. & l si in venditione ff. pericul. & commod. rei vend.

2 Nec obstat cap. nauiganti de vsur. vbi Gregorius IX. ex assecuratione

tione pecuniæ, suscepta à creditore vsuram esse deffinit, quia vltra responsionem Strachac. vbi supra in princip. num. 30. & 31. & Santarensis in princ. nu 7. & Valasci cons. 18. nu. 4. respondetur quod ille tex. ex mente maior. Medinæ Soti, & aliorum quos citat Nauarr. in cap fin. de vsur à princip. & in summa cap. 17. num. 184. habet esse vsuram, si creditor exigat assecurationem, quam mutuatarius alias nõ iniret, quia si assecuratio cum debitis circunstantijs fiat, & soluta sit pecunia mercedis assecurationi correspõdens, etiam cum mutuario, nil impedit vt valeat, Stracha vbi supra nu. 31. sequitur Rebello vbi supra num. 13. late Molin. disputat. 308. omnino videndus.

3 Supposito igitur, quod sit licitus contractus, lege maris receptus & comprobatus, & quod emptioni potius assimiletur, vt censet Valasc. dict. cons. 64. num. 8. quem sequitur Molina vbi supra vers. ad quam autem, licet Rebello vbi supra dicat innominatum num. 4. cum Syluestro verbo negotiatio q. 5. & stricti iuris, quod repugnat bonæ fidei, quæ inter mercatores semper exuberat, quorum causæ ex bono, & æquo iudicantur vltra alios Barbosa in l 1. ff de iudit. artic. 1. num. 127. Puto non bene Valascum regulas traiectitiæ pecuniæ, & nautici fœnoris ad assecurationis negotium accommodasse, d cons 18. num 6. quia traiectitia pecunia est illa, quæ trans mare vehenda mutuo datur periculo creditoris, l. 1. ff. de nautico fœnore, dictaque est vsura quæ pro hac pecunia soluitur, vsura nautica, l. fœneratori ff. illo titulo, vnde si pecunia data sit ad merces emendas, in portu vel alias res, non est talis pecunia traiectitia, Donel. in titulo. Cod de nautico fœnor. num. 4 ad fin.

4 Ex quibus apparet hanc pecuniam excedere communis mutui terminos, quia cum deberet fieri accipientis, & recipienti perire, §. is qui instit. quibus modis re, contrahitur oblig. tamen contra naturam mutui, creditor in se periculum recipit, & ideo hoc periculum maiori lucro pensatur, l. 5. ff. illo titulo, & ideo in l. fin. illius tituli hæc vsura dicitur pœna, l. qui Romæ. § calimachus ff. de verborum obligatio. Ex quibus apparet in assecurationibus nostri sæculi, longe aliter negotium geri, nam vel merces immituntur, vel pecunia in naui aliena, super quibus fit assecuratio, & non est traiectitia, quia non est mutua. Deinde mutuatur nautæ pecunia, vt nauim componat, vel victum emat, & in hac pecunia mutuans subit periculum in ipsa naui, & pariter non est traiectitia, quando in portu ex illa pecunia merces vel aliud emitur, desinit esse traiectitia, quare constat aliunde resolutionem petendam.

5 Quale autem debeat esse interesse in assecurationibus, vt sit iustũ, hoc semper æstimandum est ex natura actus, & communi hominum æstimatione, Rebellus vbi supra num 3. arg. tex in l. si voluntate. C. de rei vindic. Ordin libr. 4. titul 13. ibi, *verdadeira & geral estimação*, Pinel in l. 2. 3 part. cap. fin num. 15. Matienço l. 1. gloss. 2 & 4. titul. 11. libr. 5. Zeuallos quæst. 644. à num 1. Valasc. cons 43 num. 5 Gama decis. 94. Azeued l. 1. titul. 11. lib. 5 n. 11. consuetudo namque regionis & patris familias attenditur D. Caldas Pereira de nomin quæst. 7. nu. 11 & q. 23. nu 7 & 10. Bart in l neque ff de legib. Morla in empor. titul. 2. quæst. 26. num. 7. vnde obiter illud tenendum, quod non bene sentit Rebello num. 8. dum absolute sentit non valere assecurationem, nec pretium deberi, si merces non extant, quæ assecurari possint, quia licet in assecurationibus, omnis fraus remoueri debeat, vt in eo qui assecurauit cum sciuerit vel scire

potuerit,

potuerit, (quia hæc duo æquiparantur, vt probat lex Regia libr. 3. titul. 21. §. 5. & § 6. in fin. & titul. 86. §. 16. & titul. 88. in princip. & titul. 91. in princip. ibi; *teue rezão de saber*, & lib. 4. titul. 10 §. 9. & titul. 48 §. 5 & lib. 5. titul. 14. in fine) merces esse de perditas non valet cōtractus, vt in suo casu Gama decis. 181.

6 Tamen contra naturam assecurationis non est, quod in naue mercibus vacua, partes conueniant, scienter super assecuratione, & componant quod si nauis non perueniat ad portum, earum prætium soluatur, quia talis contractus sustinebitur in sponsionem, ex Soto libr. 6. de iustitia q 7. art. 1. quem sequitur Molin. d. disput. 507. vers. longe diuersus sicut ex parte assecuratorum nihil interest vt nauis super qua fit assecuratio plus vel minus valeat vt statim dicam.

7 In secunda quæstione, in quo consistat assecuratorum periculum, notandum est, quod dominus mercium vel pecuniæ duobus modis periculum eius subit, vel tradendo merces Magistro nauis, vt traijciantur, & tunc subit periculum in re sua, quæ secundum vulgares regulas domino suo perire debet, quocunque modo, sine fraude pereat, l. statuas. ff. de religios. & sumpt. Paulus in l. naue sauphei ff. locati Sataensis 3. part. ex num. 5. Palat. in rep. cap. per vestras. §. 9. nu. 5. & 6. Valasc. cons. 18. num. 2. Vel secundo casu quando pecuniam dat Magistro nauis, ad nauem ipsam reficiendam, sub vsuris, subeundo periculum ipsius, in ipsa naui, & sic in re aliena, & hic est vsuratissimus contrahendi modus, cuius contractus meminit Mercado 4. lib. de contractib. cap. 13. Molin d. disput. 507. vers. paucis dicam, vbi tenet dissuadendum tanquam non licitum, ob excessum vsurarum, & quando nihil aliud obstat in manu paciscentium est intra limites iustitiæ contrahere.

8 Vtroque casu licite contractus assecurationis fieri potest, vel dominus rei suæ periculum sustineat, vel illud sustineat sub re aliena, & non sua, quia tunc illud periculum emitur dict. l. periculi prætium. ff. de nauti fænor.

9 In tertia quæstione multa occurrunt quæ ipsam dubiam reddere possunt in secundo membro suprapostio, quando quis periculum subit in ipsa naui, & plaustris seu armamentis ipsius, si contingat, (prout in nostro casu contigit) quod nauis à pyratis capta sit, & tormentis quassata, cum magno detrimento malorum, & armamentorum dimittitur, an eo casu assecuratores teneantur in totum, vel solum respectu damni illati in corpore nauis, & in præsenti casu, non parum vrgebat, quod postquam nauis à pyratis capta fuit, magister portum adijt, vbi refecta naui per partes, & instructa in patriam remeauit, dicebant assecuratores, se nullatenus teneri, cum incolumis nauis euasisset, quia etiam si dillacerata esset cum tamen postea refecta fuerit, eadem carina manente, non est dubium eandem nauem esse, Paulus in l. sed etsi. ff. de acq. rerum domin. l. mutius. ff de rei vind. ibi, *nam proprietas totius nauis carina causam sequitur*, l. quod in rerum 24. §. fin. ff. de legat. 1. explicat Conan. lib. 3 cap. 6. col. 2. quia nauis quæ per partes tantum refecta est, & pristinæ saluti restituta, eadem nauis est, & nō diuersa, secundum id quod in l. quod tamen 10. ff. quibus modis vsusfructus, quia refectio magis conseruandi quā amittendi dominij causa facta est, ex Gaio in l. si ita legatum. ff. de legat. 1. ibi, *si eadem domo destructa alia eodem loco testator ædificaverit, dicimus interire legatum*, tradit Afflict. decis. 391. Brunus de refectione conclus. 5. num. 47. & libr. de interitu conclus. 5. & 7. idem Afflict. in cap. 1. §. fin. num. 31. de Capi.

Cotrad.

Corrad. Bello cons. 1. num. 7. & habetur in l. si grege. ff. de legat 1.

10 Ex quibus videtur assecuratores, qui periculum subeunt in corpore nauis, quod illa viuente non tenentur, vnde si á pyratis capiatur, & destruantur armamẽta, rostra vel clauus, malaque proscindantur, vtique si tunc euadat, debet æstimari nauis, in eo statu in quo relicta fuit, vt illud prætium deteriorationis soluãt, residuum vero à Magistro petatur, quód si contigerit, Magistrum à pluribus personis, pecuniam sub eodem periculo suscepisse, vt quotidie videmus, adeo vt maximam pecuniæ quantitatem accipere soleant, sub periculo nauis, quam ad saxum alidunt, vt diuites euadant: hoc inquam casu, non fit computatio inter assecuratores, vel creditores, sed quilibet tenetur pro summa securata, quia ex contractu conuenit de tali periculo in illa naui, & valet conuentio, licet in ea alij similem sponsionem faciant, quia rem suppositam æquiualere sponsionibus seu assecurationibus nihil ad eos pertinet, vt supra diximus valere assecurationem etiam sine rebus dummodo fiat scienter. Ideo quilibet pro sua assecuratione soluet, & pro parte nauis, quæ extat fit computatio, valoris ipsius, respectu etiam omnium creditorum, & quilibet à Magistro integrum valorem exposcit, quia sicut ille á pluribus pecuniam accepit, quæ excedebat valorem nauis, sic pariter omnibus respondet pro valore nauis, quæ restat incolumis, vt qui pecuniam dedit, quæ respondeat dimidietati nauis, quando nauigabat, sic pariter dimidium eius partis quæ extat accipiat, eiusque valorem, & sic de cæteris sicque placuit senatui in hoc casu faciendum. Scriba Vianna.

SVMMARIA.

1  *Riuilegiũ hospitalis vt reditus operibus pijs applicati si tẽpore debito non destribuantur hospitali Regio applicentur.*

3 *Dubitare non licet de iuribus indulti appostolici.*

4 *Difficultates quas si defunctus promeditasset aliter disposuisset consideranda sunt.*

Pro commutandis operibus pijs quando ad Pontificem recurrendum. ibi.

5 *Quando commutatio fit nulla præcedente causa necessario S. Pontifex adeundus est.*

6 *Priuilegium hospitalis restringendum.*

7 *Quando dubitatur de mente concedentis non solum verba, sed & mens concedentis attendi debet.*

8 *Explicantur verba Bullæ.*

9 *Sensus longo vsu receptus obseruandus est.*

10 *Priuilegij appostolici interpretatio cuius sit.*

11 *Quando causa est grauis S. Pontifex*

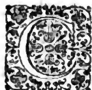
tifex adeundus est.

12 *Quando relictum est pauperibus datur certitudo in genere.*

Quando legatum est factum pauperibus certi loci non pertinet ad hospitale. ibi.

DECISIO LVII.

An reditus cappellæ operibus pijs deputati si ab administratoribus debito tempore non expendantur debeant hospitali huius ciuitatis applicari ratione Bullæ à Summo Pontifice obtentæ.



Conueniebatur Antonius Correa Vieira, coram Prouisore Cappellarum, vt exolueret, & adimpleret opera, in institutione expressa, quam condidit Emanuel Lamego, in qua continebantur hæc verba, *ferá obrigada a pessoa que eu nomear na ditta Capella á mandar dizer em todos os annos por dias dos finados duas missas cantadas, & offertadas com doze paẽs, & duas canadas de vinho; & hũa destas missas se dirà em nossa Senhora do Loreto, & outra em S Francisco, por minha molher que Deos aja, &c.* Petebat procurator hospitalis Regij huius almæ vrbis, vt illa pia opera quæ tempore statuto, non erant adimpleta, dicto hospitali applicarentur, sicut expressum erat, in Bulla sibi concessa. Cuius verba sunt, *nos igitur huiusmodi supplicationibus inclinati authoritate Domini Papæ cuius pænitentiariæ curam gerimus, & de eius speciali mandato super hoc viuæ vocis oraculo nobis facto, vobis vt de cætero omne illud quod per sententias dictorum expeditorum penes administratorem maiorem præfatum ad implendum voluntates defunctorum vt præmittitur hactenus forsan depositum fuit, & in futurum deponetur. Dummodo si qua certis personis aut locis relicta fuerint illis omnino persoluantur reliquum in necessitatibus præfatis ipsius hospitalis exponere, & exponi facere liberè & licitè possitis, & valeatis, & ad illud alias in alijs operibus quantumcunque pijs exponendum minime teneamini, nec ad id à quoquam quauis authoritate compelli valeatis, veris existentibus præmissis tenore præsentium indulgemus, &c.*

Cuius Bullæ præmissa coram deputato executore ipsius, iustificata fuere, qui sententiam protulit in confirmationem ipsius, cuius verba sunt, ibi, *E o ditto prouedor que ora he, & polo tempo for, poderão liuremente despender & commutar todo o dinheiro que ao presente està depositado, & polo tempo se depositar por mandado do ouuidor, & desembargadores do ditto hospital para comprimento dos testamentos & vontades dos defunctos naquellas obras pias, a que o ditto hospital he obrigado, & a elles melhor lhe parecer, não sendo deixadas a pessoas ou lugares certos, & assi & da maneira que lhe he concedido, &c.*

1 Opponebatur contra petitionem hospitalis, ex verbis Bullæ sibi nihil aliud permissum esse, quam posse exigere illud quod deponeretur, apud hospitalis depositarium, pro operibus pijs adimplendis, sine vlla relatione seu

seu mentione loci, vel personæ, cum qua vel in quo tale opus implendum sit, ibi, *dummodo si qua certis personis vel locis relicta fuerint illis omnino persoluātur*; vnde quando actum sit de pecunia nondum deposita, quæ vel eroganda erat in certis operibus, prout missis vel similibus in certa Cappella per agendis, iam certo loco applicantur, nec sub verbis d. Bullæ comprehendi debent, quæ cum priuilegium contineat debet restringi, vt minus noceat, reg. odia de reg. iur. lib. 6. facit optima modestini decisio, in l. legatum. ff. de vsu & vsufructu, vbi ait quod in his operibus per agendis, datur etiam respectus ad memoriam defuncti, ibi, *vt memoria defuncti alio & licito genere celebretur*. l. legatum. ff. administratione rerum, ibi, *vt in eo munificentia eius qui legauit inscriptione notetur*, vbi Valens cōsiderat defuncti memoriam, & vtilitatem vt illo loco, & tempore operæ impleantur, & non alio.

2 Quam difficultatē vt euaderent hospitalis procuratores, tres offerebant sententias conformes, latas in judicio ecclesiastico, in casu magis arduo, in quibus decisum erat, quod ea quæ testator iubebat, expendi in ornamentis, & fabrica certæ Cappellæ, transacto tempore, non censebantur ex eo certæ personæ, vel loco applicata, sed quod ad hospitalem spectabant, in alijs pijs operibus eroganda; cuius sententiæ verba sunt, *Mostrase o instituidor mandar fazer no mosteiro de S. Francisco desta cidade hũa capella, & que nella se pusesse retabolo, & ornamentos, declarando logo que para todas estas cousas tomaua a terça de todos seus bẽs, & deixar o ditto testador para missas & ornamentos da ditta capella que fossem necessarios todas as rendas em cada hum anno do seu casal do graial, não deixando as sobreditas rendas a pessoa algũa certa, ou nomeada q̃ as dittas missas ouuesse de dizer, nem menos deixando o ditto casal a sobredita capella, pello que a clausula limitatiua da ditta Bulla em que o juiz à quo fundou sua sentença não ha lugar neste caso, antes conforme a ditta Bulla o dinheiro depositado das dittas rendas em que ja he direito acquirido ao mesmo hospital para os gastos em outras obras pias senão pode ja gastar em missas de capella nem ornamentos, &c.*

3 His neruosis fundamentis ex vtraque parte pugnabatur, & pro intelligentia huius hæsitationis, sequentia notabam. Primo quod dubitare non licet, de viribus appostolicæ concessionis, cū ad Summum Pastorem, pertineat defunctorum pias dispositiones commutare, vt per Doctores per tex. ibi in c. tua nobis de testam. clement. quia contingit de religios. domib. sicut alias in profanis, cōmutatio requiritur per secularem Principem, l. 1. l. legatum ff de administra. rerum. l liberto §. Lucius ff. de annuis legatis, Couar. in cap. 3. de testam. & in d cap. tua nobis num. 7. Nam licet defuncti voluntas legem contineat, & obseruari debeat in specifica forma, auth. de hæred & falcid § vltim. Lucas de pena in l. 1. C. de expensis ludorū, Bald conf. 129. libr. 1. vers. in contrarium, Simon de Pretis lib. 1 interpretatio. 1. fol. 3. facit l. verbis legis. ff de verborum, l. omnium C. de testam. ibi, *voluntates enim hominum audire volumus non iubere*: vnde voluntas non solum quod ad substantiam implenda est, sed quoad modum, l. sed si ante. ff ad Trebell. Spino in rub de testam. part. 11. nu. 68.

4 Tamen quia aliquando vel in implemēto dispositionis nouæ oriuntur difficultates, quas si defunctus præmeditasset, verosimile est, quod aliter disposuisset, vt probat tex. in l. in confirmando. ff de confirm. tutor. ibi, *vel morum ante celata vel ignorata emerserit improbitas*, l. vtilitatem eod. titul. ibi, *vtilitatem pupillorum prætor sequetur non scripturam testamenti*, sequitur Bart. in l nemo

l. nemo potest. ff. de legat. 1. Paris. lib. 2. cons. 21. Craueta cons. 147. Clarus § testamentum q 66. & in tutore in testamento designato, resoluit Monticulus de inuentar. cap. 1. n. 44. Menoch lib. 1. præsump. 46. n. 14. Mantica lib. 6. tit 5. c. 10. Montanus de tutel. c. 37. reg. 2. n. 144. Simõ de Pretis lib 5. interpreta. 1. dubit. 1. nu. 58. 60. & 61. facit l. in his ff. de condit. & demõst. Sarmiento select. lib. 1. c. 8 n. 22. Ideo mutationem recipiunt, ea quæ disposita sunt, & mens obseruatur, dum verba nõ obseruãtur. Et quanquam videatur, ex supradictis semper ad Pontificẽ, recurrendũ fore, ex d. Clem. quia contingit vbi Cardi. n. 3. & in cap. nos quidẽ; vbi Abb. n 6. Imol. 13. de testam. Pinel in rub. de rescind 1 p. c. 2. nu. 19. Rochus de iure patro tit. de Diocæsan consen. q. 15. à n. 3. Ripa de peste. fol. 126. n. 28 Hypol. singul. 194. Nauar. libr. 3. conf 31. nu 1. Cou. variar. c. 6. n 2. Mieres de maior. 4. p. q. 1. n. 10. Molin. lib. 3 cap 3 nu 11. Gomes l. 40. Taur. nu. 89. Lara de Capellan. lib. 1. c. 14. n. 16. Tamen omissa distinctione illorum, qui differentiam constituunt, inter pia opera iam exequta vel quæ adhuc pendent, vt dixit Imola in l. 1. ff. de condit. instit. Guilel. in cap. Raynutius, verbo reliquit, nu. 20. refert Lara d. cap. 14. nu. 19. & 35.

5 Resoluendum est, quod quando cõmutatio fit nulla præcedente caũsa, quæ obstet operis executioni, tunc necessario Pontifex adeundus est, qui ob caũsas extrinsecas quæ dispositionem non ingrediuntur, opera cõmutet, ex reg d. l. in his, ibi, *ea vero quæ ex ipso testamento oriuntur necesse est secundum scripti iuris rationem expediri.* Quando vero in executione mandatorum, difficultas orta sit, tunc sufficit, episcopum adire, vt in pluribus locis decidit Concil. Trid. sess. 25 de reformat. cap. 4. & 8. & sess. 7. cap. vlt. & sess. 22. cap. 6. de reforma. Lara vbi supra nu. 24.

Ex quibus fit quod cũ in præsenti nulla difficultas versaretur, ex parte operis, sed cõmutatio petita fuerit ad commodum hospitalis, non per alium quam Pontificem potuit expediri.

6 Vnde fit quod cum hæc cõmutatio, & iuris regulas infringat, & testantis vltimum elogium, nõ modico violet, priuilegiumq. hospitalis in eo contineat, debet restringi, vt minus noceat, sicut alias de iure est vt odiosæ dispositiones restringantur, quæ à iure communi exorbitant, cap. 1. de filijs præsbyter, reg. odia de reg. iur. libr. 6. reg quæ à iure eod. titul Illud tamen semper obseruandum est, quod etiam in odiosis dispositionibus, lata, & latissima interpretatio fieri debet, quæ & verbis conueniat, & intentioni concedentis non repugnet, non solum enim quando constat concedentem velle, quod lata vel latissima fiat interpretatio, illa facienda est, iuxta reg. cap. intelligentia de verbor. quia pro ea mens pugnat, sed etiam vbi talis interpretatio, menti nõ repugnat, ex reg l. non aliter ff. de legat. 3. Tiraq. verbo libertis num. 5. sicque procedit tex. in d. cap. intelligentia, cap ad audientiam, & cap. ex parte de decimis, c. quia circa de priuil. l. si ancillas in fin ff. de legat. 1. ibi, *nec verbis nec voluntati defuncti accommodata*, Couar. 1. resolut. cap. 20. num. 7. & lib. 3. cap. 5. in fin. Riminal. in rubr. de donatio nu. 87. Tiraq in d. l. si vnquam, verbo libertis num. 53.

7 Quando autem intentio concedentis colligatur, si dubium incidat, non solum attendi debent verba concessionis, sed etiã coniecturæ ipsius, quia nõ solũ per expressa verba, sed & per legitimas cõiecturas de dispositione cõstare dicitur, cap. 1. ibi manifesta de cleric non resident. l. licet Imperator. ff. de leg 1. ibi, *euidens diuersa volũtas quæ ex multis colligitur*, Tiraq. in d. l. si vnquã, verbo donatione. n. 158. sic procedit tex. in c. dilecti 7. de decim. c. sug

 gestum

gestum eod. Bart. & reliqui in l. Titia ff. de auro & argent. legat. Couar. in c. indicante nu. 4. & 5. de testam. Tiraq. de pia causa priuil. 25. Sarmiento lib. 3 selectar. c. 3. n. 3. facit l. 3. ff. de constit. princ. c. olim de verbor. signi. Roland. cons. 80. n. 46. lib. 3. Menoch. cons. 103. num. 36. lib. 1.

8 Ex quibus inferendo ad verba nostræ Bullæ, ibi, *dummodo si qua certis personis, &c.* licet videbatur quod cum missæ de quibus in institutione agitur essent cantandæ in capella designata sub eleemosina monachis elargienda, & quod tam ratione loci, quã personarum res erat certa, quia illę missæ etiam habẽt rationem eleemosinæ monasterio relictæ, & sic certis personis debentur. Tamen secundum latam verborum significationem, sequenda est concedentis mens, quæ nõ repugnat, imó pro hospitali pugnat, cui ob magnas necessitates, & indigẽtiam Summus Pontifex voluit, elargiri ea omnia quæ operibus pijs essẽt applicata, dummodo tempore debito nõ implerentur, exceptis his quæ certis personis vel locis essent dicata, quæ certitudo personæ, vel loci, non debet accipi, pro quacunque applicatione, quæ in certo loco debet impleri, sed quando ipsi loco, legatũ relictũ est, vel personæ, ita vt non sufficiat esse relictum, vt in tali monasterio missæ celebrentur, vt ex hoc dicamus loco, seu monasterio, aut monachis, aliquid relictum, cũ locus, & monachi, secundario, & per subauditum intellectũ admittantur, sed quando directo, ipsi monasterio vel capellæ relinquitur, quia tunc solum S. Pontifex non intendit legatarijs præiudicare, nec in dubio censetur illud efficere, ex reg. l. 2. ff. ne quid in loco publi. l. nec auus C. de emancip. liber. Bald. in l. testamentum. C. de testam. nisi quando ad vsus illicitos relinquatur, vt in l. legatum. ff. de vsufruct. legat. tunc enim dispositio cõprehendit omnia opera, non impleta, licet ex illis implendis aliquod cõmodum certo loco vel personis tribueretur, alias enim inutile esset, indultũ hospitali cõcessum, quia omnia opera pia, in aliquo loco impleri debent, & rara sunt quæ sine destinatione loci relinquũtur, quare ex coniecturata concedentis mente, ex Surdo cons. 82. nu. 33. & 106. nu. 30. & 179. n. 61. & materia subiecta ex codẽ Surdo cons. 81. nu. 2. & cons. 3. num. 24. debet intelligi, etiam hæc quę in certis locis sub promissione eleemosinæ peragenda sunt, transacto tẽpore hospitali esse applicanda, nisi aliqua persona specialiter reperiatur substituta. Nec obstabunt pariter verba d. Bullæ, quatenus de deposita pecunia agit, in quo videtur se restringere ad certam speciem operarũ, ratione quarũ competebat hospitali, ius, ad obligandum partes vt pecunias ibi deponerẽt: quia illa verba similiter exponi debẽt, quod illico transacto tempore, quo opera pia implenda forent, pecunia deponi debet, apud hospitalis ministros, vt in vsus hospitalis expendatur, & supponit quod olim, iam illa potestas iudici causarum hospitalis competebat.

9 Qui quidem sensus verborũ & Breuis merito amplectendus est, quia vltra quod, tot iuribus comprobetur, insuper d. tribus conformibus sententijs, in iudicio ecclesiastico latis corroboratur, vbi iudices extitere, ex vi cõmissionis apostolicæ, constat namq; inferiorem nullũ de priuilegijs à Sede apostolica concessis, cognoscere posse, gloss. verbo interpretatus in cap. 1. de postulat. prælator. gl. verbo æstimare, in c. ordinarij, vers. si vero de offic. ordin. in 6. Pallat. in rep. cap. notab. 2. §. 1. nu. 49 Syluester verbo interpretatio quæst. 2. & verbo iudex, num. vltim. Rota ad Seraph. 2. part. decis. 83. Henriq. 1. præsump. lib. 7. de indulgentijs cap. 29. num. 3. ex reg. l. 1. & vlt. C. de le-

de legibus, quia eius est interpraetari cuius est condere, c. inter alia. vers vt igitur de sent. excommun. Doctor. in cap. cum venissent de iudicijs.

Quare non immerito dubitari posset, de sententijs apud saecularia tribunalia latis, circa huius vel alterius breuis interpraetationem, certum enim est in iure quod quando in interpraetatione alicuius breuis vertitur Sedis Appostolicae praeiudicium, vel principis concedentis, nullus praeter Romanum Pontificem de viribus priuilegij cognoscere potest, per tex. in d. cap cũ venissent de iudic. ex Anton. & Abb. ibi nu. 3. Bero. 13. cap. cum venissent de in integr resti. c. cum tempore de arbitris, Rota decis. 83. n. 6.

10 Quando autem de priuilegij interpraetatione agitur incidenter, sine vllo praeiudicio Sedis Appostolicae, vel Principis, (nisi dubium sit valde graue & difficile, vt vix explicari valeat, vel pendeat ab intentione Pontificis, qui commode adiri potest, quia tunc semper princeps addiri debet, ex Abb notab. 1. in cap 1. de iuram. calumni, cõmunem dicit idem Abb. in d c. cum venissent nu. 3. Decius 4. facit l. 1. & 2. C. de relatio) tunc apud inferiores causa institui potest, Bald. in l si qui ff. de appell. & in d. c. cum venissent, vbi Beroius num. 13. Decius in l. in ambiguis nu. 2. Henriques d. c. 29 nu. 4. facit cap. 1. de postulat. praelator. cum alijs citatis à d. gloss. ibi verbo interpraetatus.

11 Vnde cum in praesenti ageretur, de re graui, & difficili, interpraetatio licet incidenter fieret, & inter partes, tamen non aliter quam à Sede Appostolica fieri oportebat, atque ex eius commisione, per alios iudices quam delegatos ab eadem Sede, qui per tres sententias conformes, ita interpraetati fuere priuilegij verba, cui sententiae non immerito standum esse noster Senatus Sanxit anno 1577. iudice Antonio Cerqueira, viro quidem illius tempestatis summae authoritatis, & Iurisconsultissimo, quae sic habet.

Acordão &c. que o supplicante he agrauado polos desembargadores do agrauo da casa do Ciuel em confirmarem a sentença do prouedor, & pronunciarem que os rendimentos do casal do Graial da contenda se gastem em missas, & ornamentos na capella, que o instituidor Vasque Annes Cortereal ordenou no mosteiro de S. Francisco, & se não appliquem ao hospital autor, & corregendo em seu agrauo vistos os autos, & a Bulla Apostolica, & sentenças dadas, & como se mostra esta duuida estar ja determinada contra o Reo em fauor do hospital A. por tres sentenças conformes ecclesiasticas, & ser por ellas julgado, & declarado os rendimentos do ditto casal não serem deixados â pessoa algũa certa & nomeada que as dittas missas ouuesse de dizer, nem ha lugar certo por onde a clausula limitatiua da ditta Bulla não aja lugar neste caso. O que visto, & como se outrosi mostra os rendimentos da contenda não serem gastados no tempo deuido em missas, & mais obras pias na ditta capella conforme ao testamento do ditto instituidor, & serem acquiridos ao ditto hospital a que por bem da ditta Bulla são applicados para se despenderem em outras obras pias com o mais que dos autos se mostra condenão o Reo que pague & entregue ao administrador do ditto hospital o rendimento que do ditto casal se achou, estar por despender na conta que polo ditto prouedor foi tomada nestes autos, & condenão ao Reo nas custas delles. Lixboa 2. de Março de 77. Iorge Bulhaõ. Dominguos Lameira. Antonio Cerqueira.

Quibus omnibus maturè perpensis sequi antiquorum vestigia, quia non sunt mutanda quae iam certam interpraetationem habuerunt, sententiam prouisoris duximus confirmandam in fauorem hospitalis latam. Scriba Lemos.

Idem iudicatũ fuit in processu contra Ludouicũ Mendez Lobo in quo iudicatũt insignes D. Nonius d'Affonseca Cabral, Didacus de Brito quibus ipse accessi. Scriba Michael Iorge.

12 In alio processu contra Ioannẽ Pinto administratorem capellæ pertinentis ad Georgium Fernandez de Euora, scriba Simone de Lemos. Dubitabatur, an deberet hospitali applicari legatum relictum à testatore, pro dotandis consanguineis pauperibus, & illis defficientibus quod distribueretur inter pauperes loci, arbitrio hæredis singulis annis, quia non constabat hæredem vel successorem statuto tempore distribuisse, & videbatur non pertinere ad hospitale, ex verbis Bullæ ibi, *si qua certis &c.* quia non obstante reg. § in certis, & l. quoties § hæres. ff. de hæred instit. illud legatum non dicitur relictum personis incertis, sed certis in genere, quia secundum ius vniuersitas pauperum, certæ personæ vicem gerit, vt vniuersitas vel Resp. institui potest, l. omnibus. ff. ad Trebel. l. si hæres 76. §. vices. ff. de leg. 1. l. municipibus. ff. de cond. & demonstr. Bald. in l. id quod pauperibus. Cod. episcop. & cler. 1. opposit. vbi concludit quod hoc casu datur incertitudo in specie, certitudo vero in genere, quæ sufficit vt relictum valeat, quasi testator solam declarationem hæredi, vel Episcopo commiserit, l. si quis ad declinandã. l. nulli C. illo titulo, quia sufficit vt certificari possit, l. quidam re legatus ff de reb. dub. licet Costa in cap. si pater, verbo pauperes num 3. sentiat fauore pietatis valere ex d. l. si quis, ibi, *intuitu pietatis, &c.* Ex quibus iudicauimus hospitale carere actione quia illud legatum debebatur certis personis, & erat erogandum pauperibus illius loci Costa vbi supra nu. 2.

SVMMARIA

1 *Militibus militiarum an competat priuilegiũ fori ecclesiastici.*

2 *Habent forum ex priuilegijs Summi Pontificis.*

Ratio quæ fuerit concedendi talia priuilegia. ibi.

Clerici Orientales, & Occidentales coniugati priuilegio foro gaudent. ibi.

3 *Habere bona vel vxores ducere non impedit vt priuilegio gaudere possint.*

Milites inter religiosos ememerat Regia ordinatio.

4 *Militiarum exemptio non potest nocere Principibus sæcularibus. ibi.*

5 *Non est dubitandum potuisse Pontificem illos eximere.*

6 *Princeps sæcularis an possit causam militis criminalem vel ciuilem, quæ ex crimine descendat sæculari iudici committere.*

7 In

7 *In Principe nostro duo sunt respectus, & qua Rex, & qua Magister ordinum.*

Quatenus Magister est inferior prælatus, & iuri tenetur obtemperare. ibi.

Causas appellatione remota committere non potest. ibi.

8 *Non potest causam equitis committere iudici sæculari.*

Pontifex potest committere laico aliquos actus iurisdictionis etiam ecclesiasticæ.

9 *Prælatus inferior non committit laico nisi causas ciuiles, & pecuniarias.*

10 *Attento iuris rigore etiam committunt spirituales.*

Corruit cõmissio quæ quotidie fit vt iudex sæcularis cognoscat quasi ex commissione magistri. ibi.

11 *In inquisitione generali quomodo contra equites procedi possit.*

Acta suo iudici tenetur remittere etiam nemine petente. ibi.

Explicatur Ord. lib. 2. tit. 1. §. 25.

12 *Quando eques non est notoriè priuilegiatus quia non habet commendam rectè de eo inquiri potest quousque qualitas ex qua competit priuilegium probetur.*

13 *Probatio qualitatis debet fieri corãm sæculari.*

14 *In praxi obseruatur quod si petatur remissio equitis probata illa qualitate reditnum statim fit remissio.*

15 *Equites ad suum iudicem quando declinare possunt.*

16 *Actio ciuilis quæ descendit ex crimine est criminalis.*

Explicatur Ord. lib. 2. titul. 3. §. 1. in fine.

17 *Quid quando petatur ab equite satisfactio iniuriæ.*

Satisfactio iniuriæ dupliciter considerator. ibi.

Explicatur textus in cap. per tuas de simon.

18 *Iudicium criminale illud est in quo agitur de crimine licet ciuiliter.*

19 *Si agitur pro damno dato in patrimonio ciuilis est actio.*

20 *In criminibus mixti fori an declinare possint.*

21 *Equites nec in ciuilibus possunt in sæculari conueniri.*

22 *An possint impunè impetrare inhibitorias.*

Explicatur Ord lib. 2. tit. 14.

Inhibitoria quando dicatur in fraudẽ iurisdictionis sæcularis. ibi.

23 *Non statim debet pars condemnari in cuius fauorem fuit expedita inhibitio.*

Explicatur Ord. d. titul. 14.

Quando iudex ex officio inhibet pars non punitur. ibi.

Illa ordinatio debet intelligi de inhibitorijs proprijs.

24 *Iudex inhibitus si supplicat ad Regium tribunal non statim subleuandus, sed examinatur processus*

Interpratata Ordin. lib. 1. titul. 91 §. 11. ibi.

23 *An senator delinquens in officio si sit eques sit remittendus ad suum iudicem.*

DECISIO LVIII.

An eques militiæ D. N. Iesu Christi possit suo priuilegio renuntiare ita vt à sæcularibus iudicibus iudicari valeat, & an sententia ferri possit condemnatoria pro ea summa quæ ex libro constiterit qui est apud Indos, ad Ord.lib.2.tit.12.§.1.



IN causa quam procurator Regij patrimonij, contra illustrissimum Comitem da Vidigueira instituerat Intendebat d.regius procurator, quod Comes condamnari debuisset, in maximam pecuniæ quantitatem, quam in India exhauserat,quando vice Regis officio & dignitate functus est, exercendo donationes de bonis regij patrimonij, contra formam regiminis sibi concessi, quãdo illius Orientalis Imperij habenas moderaturus discesserat. Dubitabatur an posset, illustriss. Comes conueniri in consilio regij patrimonij, cum ipse sit miles Ordinis Iesu Christi,& professionem emiserit, nec alium possit habere iudicem in crimine,vel causa ciuili, qua ex crimine descendat, præter iudicem sui ordinis,vt disponit Ordin. libr.2. titul.12. §.1. & quamuis allegaretur contra d. Comitem, quod ipse per terminum signatum, se illi iudicio submiserat, adhuc dubitabatur, an illa fori renuntiatio valida esset, cũ offendat regulã cap.

cap. si diligenti de foro comp. Cumq; inter iudices electos ad causam cum dictis consiliarijs patrimonij Regij, extitissem, ibi coram illustrissimo vice Rege Domino Michaele de Castro Vlysiponensi Archiepiscopo dignissimo, multa mota sunt dubia, tam circa dictam iudicij in competentiam; quam circa causam donatorum, de quibus in actis perfecte non constabat.

1 Deueniendo igitur ad primum quod respicit militum seu commendatorum priuilegium, illa dubia sese offerunt, an posit Magister ordinum committere sæculari vt inquirat contra milites?

Quid quando inquisitio sit generalis? An posit miles deauratus declinare ad suum iudicem sine metu alicuius pœnæ?

Quid an posit impetrare inhibitorias à suo iudice?

Quid si sit minister alicuius tribunalis Regij? an amittat priuilegium fori?

Tandem an sufficiat consuetudo in contrarium vel expressa fori renuntiatio ipsius militis?

1 Et quod attinet ad primum notandum est, quod licet aliqui non infimæ authoritatis Doctores asserãt, quod militibus militarium ordinum nullum competit priuilegium fori in Hispania, quinimò vt laici iudicandi sint, siquidem vxores ducunt, & inter sæculares sæculari modo viuunt, sine obseruantia castitatis, cuius obseruantia est de tribus essentialibus votis religionis, cap cum ad monasterium de statu regul. D. Thom. 22. quæst. 186. articul. 3. 4. & 5 quia licet verum sit quod castitatis præceptum etiam obseruetur in castitate coniugali cap. hæc scripsimus. 30. dist. cap. Nicena 31. dist. tamen non illa est castitas de qua vota religionum loquntur, ex quo fori priuilegio nullo modo gaudere possunt, vt dixit gloss. in Clem. 1. de religios. domib. & in Clem. cum ex eo de sent. excommun. sensit Abb. in cap. 2. de foro comp. Federi. cons. 145. Specul. in titul. de statu monachor. vers 36. quæritur, Ioann. Andreas in cap. veniens de verbor. signi. libr. 6. Gregor. Lopez in l. 1. titul. 7. part. 1. verbo *señal de orden*, plures citat Marta de iurisdictione. 2. part. cap. 32. á nu. 14. & iudicatum dicit in Rotta 23. martij anno 1579. eandem prosequitur Sarmiento in 1. defens. ad 55. & 56 Monitum. Nauarr & fuit Bart. in l. semper § quibusdam. ff de iure immunit. Camillus Borrel. ad Bellugam rubr. 7. num. 7. Azeuedo in l. 14. titul. 5. nu. 3. libr. 3 recopil. & l. 1 titul. 14. lib 6. nu. 5. vbi expresse tenuit nõ esse religiosos, hos deauratos milites, quia sæcularem vitam profitentur Bobad. lib. 2 pollit. cap. 19. num. 10.

2 Tamen ipsimet Doctores agnoscunt, quod hæc opinio habet locũ de rigore iuris, non tamen obseruabitur quando detur specialis S. Pontificis concessio, seu approbatio militiæ, eximens per priuilegium militũ personas à sæculari foro, vt resoluit Greg. vbi supra versiculo pro parte vero cõtraria, vbi inquit quod priscis temporibus hi equites in Hispania intra religionis claustra viuebant, & commorabantur, quousque tempore Pauli III. dispensati proponuntur, vt possint vxores ducere, vt nobilitatis Hispaniæ conseruationi consuleretur, quæ alias facile extingui posset, cum omnes nobiles sub militijs degerent. Dispensatio autem non mutat statum præcedentem, nec regulam perimit, sed illa stante illius vinculum relaxat, sequitur Marta vbi supra num. 18. in cuius confirmationem adducit Greg. exemplum clericorum Orientalium qui cum vxores ducant non tamen priuilegio clericali exuuntur, & occidentalium qui contrahendo conser-

nant fori priuilegium, cap. 1. de cler. coniug. libr. 6. Trident. sess. 23. de reformat. cap. 6. Ordin. libr. 2. titul. 1. §. 27.

3 Ex quibus non obstat militibus deauratis quod bona possideant, & vxores ducant, cum ad id amplissimis Hispania fruatur priuilegijs, huic regno communicatis, per alia moderniora breuia in quorum obsequium Ordin. Regia libr 2. titul 12. §. 1. illis concedit ne in criminalibus actionibus, vel in ciuilibus, quæ ex crimine descendant, in iudicio sæculari pulsentur, eosque inter religiósas personas connumerat, Ordin. d. lib. 2. titul. 3. in princip. vt iam Alexander III. declarauerat, vt refert Gregor. vbi supra vers. præterea, & militenses equites vere beneficiatos dixit Cabed. decis. 64. 2. part. num. 11. vnde pluribus placuit, illos etiam gaudere canonis priuilegio cap. si quis suadente. 17. q. 4.

4 Nec obstabunt quæ Marta, & alij ponderant, quod hæc militiarum exemptio, poterit operari respectu Pontificis concedentis, non vero respectu principum sæcularium, quibus hæc priuilegia nocent, qui recte insurgere possunt, non obseruando exemptiones, sibi concessas, vt in regno Neapolis fieri testatur Marta vbi sup. num. 21. Respondetur enim quod hæc cessant in hoc regno, vbi militia Iesu Christi quæ incæpit sub Rege Dionisio anno 1516. sub Ioãne XXII. à Regibus ipsis fuit petita, & accep tata, cuius ordinis ipsi Principes, magni Magistri existunt, atque ideo omnibus gratijs & exemptionibus sibi concessis á Sede Appostolica fruitur, quod agnoscunt Ordinationes Regiæ dict. titul. 12. §. 1. & dict. titul. 3. Concilium Trident. sess. 24. cap. 11. dixit Nauarr. in tractat. de redditib. ecclesi. quæst. 1. num. 55. & quæst. 3. nu. 27. & cons. 21. libr. 3. & cons. 13. eod. Borrel. ad Bellugam vbi supra lit. F. Camillus Salernus in proæmio cõstit. Neapol. §. præfatis incipit pro con clusione. Humad. in schol. ad Gregor. in d. l. 1. num. 1. Cened. ad Decretales cap. 29 num. 4. facit l. 14. titul. 5. lib. 3. ibi, *otro algum religioso*.

5 Nec dubitari potest, quod potuerit S. Pontifex eximere à foro sæculari personas, & causas talium militum, ex iustis rationibus, quibus moueri potuit, sicut aliàs potuit causas clericorum temporales, ecclesiæ iudicio reseruare, cap. 2. de foro comp. c cum sit generale, cap si clericus eod. titul. prosequitur Marta 1. part. cap. 8. per tot.

6 His suppositis merito dubitari potest an possit Princeps sæcularis, causam alicuius militis criminalem vel quæ ab eo descendat, sæculari iudici committere, vt illum puniat & coerceat, & puto indubitabile quod non, clericus enim vel religiosus, se iudicio sæculari pacto submittere nullo modo potest, d cap. si diligenti, non enim consensus partis, capacem potest reddere iudicem, aliás vetitum, & prohibitum, argum. l. priuatorum. C. de iurisd. omni iud. qui defectus pariter versatur respectu partis, quam superioris, vel Principis, nec obstar quod in hoc regno, ipse Rex est magnus huius militiæ magister, in quem ipsius protectio recumbit, quia Rex quatenus magnus magister, est Prælatus ecclesiasticus ordinarius militiarum ex concessione appostolica, & qua talis est, iuri canonico derogare non potest, nec eius vincula relaxare, illud enim totum summo Præsuli reseruatum extitit, in signum suæ supremæ potestatis, cap proposuit de concess. præbend. Paris cons. 5. num. 84. vol. 4. Deci cons. 588. nu. 5.

7 Cumque igitur in nostro Principe, hi duo respectus considerentur, primus naturalis qua Rex, & dominus, alter accidentalis quatenus

magni

magni magistri vices gerit, cum magisterium non sit qualitas, quæ ipsum tanquam regem committetur, imò per accidens modo vnitum sit Regiæ coronæ, & quamuis tanquam Rex sit lex animata, vt dicit Ordin. libr. 3. tit. 66. ad med. & legibus solutus, Ordin. libr. 3. titul. 75. §. 2. l. digna vox C de legib. tamen quatenus magister, est inferior subditus qui alterius supra se vices gerit, nec iura infringere potest, vnde licet vt Rex posit committere causam appellatione remota, tamen tanquam magister illud minime efficere potest, ex Bald. in cap. cum omnes de constitutio, Felin in cap. quod super de maiorit & obedient Gomes in l. 40. Taur. num. 10. Gregor. in l. 13. in fin titul. 23. part. 3 Roland. consf. 91. num 18. vol. 2. nec insuper partes recusationis remedio priuare potest, licet aliàs sicut Rex easdem, recusatione remota committere valeat, cap. postremo de appell. cap. suspitionis de offic. de legat.

8 Vnde fit quod nō potest Princeps, quatenus magnus magister, causam equitis committere sæcularibus iudicibus, non equitibus, aut clericis, nisi causa pecuniaria fuerit, & ciuilis, quia ex parte iudicis, datur incapacitas, ex parte committentis potestatis deffectus, licet enim verum sit, quod Summus Pontifex, potest committere laico, aliquos actus, iurisdictionis ecclesiasticæ, vel ciuiles sint, vel criminales, & etiam spirituales, vt per gloss. 2. in cap. decernimus de iudic. & in c. præter, vers. verum, verbo ducibus. 32. dist. & in cap bene quidem, verbo laico 96 dist gloss. in cap. mennam. 2 q 5. quas probat Decius num. 6. Ripa 40. & 73 in d. cap decernimus, Aufrer. de potestat secul. reg. 4. fall. 30. Couar in cap. alma 1 part. 9. 11. num. 3. Nauarr. in princip. de pœnit num 83. & in manu cap 27. nu. 6. Henriq. 2. part. summæ titulo de excommunicatione c. 24. in princip. lit. B. facit cap. Adrianus 2. cap. in sæculo 63. dist. Carolus regalium franc. iure. 1.

9 Tamen Prælati inferiores, non possunt laicis committere, nisi causas pecuniarias, & mere ciuiles, non vero criminales, aut spirituales, gloss. verbo præter in d cap bene quidem. 96. dist. & in d cap. præter, vers. verum. 32. dist. gloss. verbo causæ pecuniariæ in dict. cap. decernimus gloss. in c. contingit de arbitris, Doctores ibi & in cap. per tuas de simon. vnde licet Episcopus non posit consentire, vt iudex laicus posit prorogari, à clerico eius subdito, ex reg. c. significasti de foro comp. tamen potest ei delegare causæ cognitionem, est enim magna differentia inter consensum, & delegationē, quia primo casu cognoscit nomine proprio, virtute iurisdictionis prorogatæ, in secundo vero ex vi commissionis, & nomine delegantis, quasi in eius locum subrrogatus, in quo non datur cognitio præsumptuosa, quam solū reprobat tex. in d c. decernimus, ibi præsumant, sed cognitio quæ iure permissa est.

10 Quod si quis adhuc instet, quod attento iuris rigore, prælati non solum criminales, verum & spirituales causas, laico committere possunt, quia in suis Diocœsibus Episcopi, eadem potestate funguntur ac Summus Pontifex in toto orbe, qui eas laico committit, dummodo non sint omnes causæ absolutæ, vt per Martam 2 part. cap. 6. num. 29. tamen communis opinio est in contrarium, & eam sequi tenemur maxime in Principe, & prælato inferiori, quia licet supradicta habere possent locum in Episcopo qui ordinarius est, & æqualem potestatem accepit Pontifici, nisi in specialiter reseruatis, vt per Soto in 4 dist. 32. Henriques in summa 2 part. libr. 12. de impedim matrim. cap. 3. nu 2. tamen in magno magistro non procedunt

qui

qui ordinarius est modo extraordinario,& ex appostolica concessione.

Atque ex his confunditur illud quod Regio dipplomate continetur, quod quando Regis iussu, aliquis senator inquirit, ibique conuictum reperit equitem, procedat ad vlteriora, ex tacita commissione quam Princeps intendit facere, tanquam magnus magister, ordinum nam ex supra dictis corruit prædicta tacita commissio, sæculari facta cum nec sufficiat expressa.

11 Adhuc tamen duo casus occurrere possunt, animaduersione digni, primus quando inquisitio fiat generalis, & in ea deprehendatur, vel conuincatur de crimine eques, seu commendator, seu perceptor commendæ, qui notorius eques priuilegiatus est, secundo quando conuenitur eques non perceptor commendæ, qui notorie non est priuilegiatus, nisi reditus habeat competentes. Primo casu inquirens culpam scribit, eamq; suo iudici remittit, etiam parte non petente, ex Salycet. in l fin C de exhibend. reis Auiles prætor cap 27. gloss. verbo requietan, num. 1. in medio Bobadilla d cap. 19. num. 36. ibi, *si prendio al hombre que no es sacerdote notorio*, & disponit Ordin. libr. 2. titul. 1. §. 23. in beneficario notorio, vt statim remittatur, priusquam in vinculis conijciatur, & inde apparet, quam velo leuato procedant, qui statim equites capiunt, quasi ex tacita Principis commissione liceat, nam licet, Prælati possint per laicos aliquando clericos capere, ex Ordin. libr. 2. titul. 9. §. fin. tamen hoc procedit in laico deputato ad executionem sententiæ ecclesiasticæ, nõ tamen extendi debet ad illum qui pronuntiat, præsumptuosè iurisdictionem exercens, quod canones non patiuntur, cap. qualiter, cap. clerici de iudic.

12 In secundo autem casu, quando delinquens est eques, sine commenda, quæ ipsum notoriè priuilegiatum reddat, quia priuilegio fori non gaudet, nisi competentes habeat reditus, qui ascendant quindecim mille nummos vt explicat Valasc. cons. 131. nnm. 5. quousque de suo doceat priuilegio, quilibet iudex sæcularis cognoscere potest, quousque illa qualitas quæ ipsum à iurisdictione ordinaria eximit probetur, sicut alias obseruatur in clerico in minoribus, vel coniugato, Trident. sess. 23. do reform. c. 16. c. 1. de cleri. coniugat in 6. Ordin lib. 2 titul. 1. § 27. qui remitti non possunt quin prius capiantur Ordin. lib. 5 titul 124. §. 13. & expensas litis exoluant lib. 3. titul. 67. §. 5.

13 Et quamuis nonnulli asserant, hanc probationem debere fieri in ecclesiastico, quia nobilior est iurisdictio, in cap. si iudex de sent. excõmun. §. fin. lib. 6. & quia inuoluit cognitionem iurisdictionis ecclesiasticæ, cuius laicus est incapax, ex Bald. in l. si qua per calumniam num. 3. C de episcop. & cleric. Alex. cons 149. num 4. libr 6. Capi. decis. 112. num. 6. Barbosa in l. Titia. ff. solut. matrimon. num. 31. Tamen receptius est, in hoc regno iudicem sæcularem esse competentem, ad cognitionem facti qualitatum, seu priuilegij, vt disponit Ordin. d. §. 27. & §. 21. agens de beneficiatis, iuncto §. 23. agens de beneficiatis notorijs, sicque fieri Neapoli testatur Carauita in ritibus Curiæ titu 135. num. 4 & in Ducatu mediol. Clarus in praxi §. fin. quæst. 36. numer. 21. & in Gallia Rupelanus lib. 4. institutio forens. q. 6. quæ praxis in hoc regno habuit ortũ á Bulla Pij II. concessa Regi Alfonso Quinto, anno 1461. vbi cauetur quod clerici qui in habitu non incederent iudicia sæcularia subirent, vt refertur in extrauaganti l. 5. titul. 4. libr. 2. quod quidem in eadem forma concessum est, in causis equitum per Bullam

Bullam Leonis X. quod si reditus nõ habeant competentes numerentur inter sæculares, quoad fori priuilegium, vt habetur in d Ordin. lib. 2. titul. 12. in fin. Vnde quandiu de tali qualitate non docent, illud iudicium competens est, ex reg. l. si quis ex aliena ff de iudic. vbi Barbos. num. 602. Gutierr. pract. lib. 1. quæst 5. num. 3. licet Bobadill. in Hispania aliter fieri testetur libro 2. c. 18. nu. 106.

14 Ex qua praxi profluxit Senatus Arestum, quod habetur in libro dos assentos fol. 142. vers. quod quando iudex ordinum militarium, equitem á sæculari vindicaret ex officio, si in literis requisitorijs includeretur certitudo redituum competentium, statim fieret remissio, sine alia iustificatione; quia illo modo efficiebatur eques notoriè priuilegiatus, & hoc vltimo casu poterit sindicans expensas litis, & inquisitionis petere, quia eius iurisdictio est mero iure competens, licet exceptione elidibilis, & succedit Ordin libr 3. titul. 67. §. 5 & lib. 1. titul. 24. §. 44. & circa expensas videndus Barbosa in l. eum qui temere. ff. de iudic. á num. 73.

15 In tertia quæstione an equites possint ad suum iudicem declinare, impunè & sine dubio est quod possint, cum non alium habeant nec habere possint iudicem, ex Ordin. d. titul. 12. §. 1. Cabed. de iure patro. cap 10. Greg. in l. 1. titul. 7. part. 1. Nauarr. lib. 3. cons. 13. quæ ordinatio fuit dessumpta ex Aresto Eboræ edito relato libr. vltim. Senatus fol. 72. & libr. 3. fol. 108. conducit Ordin lib. 2 titul. 3. in princip. & eod libr. 2. titul. 1. §. 4. ibi, *saluo nos casos crimes assi criminal como ciuelmente intentados.*

16 Nec aliter poterat statui, actio enim ciuilis quæ descendit ex crimine, est criminalis, ex gloss. 3. in l. 3. C. de sepulch. violat, & in §. in summam verbo extraordinaria instit. de iniur. Doctores in rub de iud. vbi Abb. nu 5. Nauar. 31. Correa in fragmentis fol. 16. num. 24. Vnde cum hoc casu petitá remissione nullum fiat præiudicium Regiæ iurisdictioni, nulla pæna locũ habere potest, annuit Ordin. d. libr. 2. titul. 3. § 1. in fin. *E isto porse assi izentãr de nossa iurisdição*, vbi ostendit quod solum intendit punire illos qui in fraudem iurisdictionis Regiæ declinant quod nullo modo equitibus applicari potest, qui semper alterius sunt fori, respectu criminalium causarum.

Vnde fit quod solum illius Ordinationis pæna locum habebit in laicis qui ad ordines minores se remitti postulant, vt hac via á regum potestate eximantur, constat enim hos de eius iurisdictione esse, vt in fin dicam, qui contra legum Regiarum formam se remitti postulent, & sufficiet tentasse, licet non sequatur remissio; vt dixit Vaz allegat. 21. num 30. Couar pract. cap. 33 nu. 6. & in specie dixit Auend. Prætor lib. 1. cap 15. num. 22. Gutierr. lib. 1 practicar. quæst. 11. & in suis scholijs dictauit Franciscus de Sà excelsi ingenij vir ad l 4 ff. de acq hæred.

17 Et vt melius hæc percipiantur quæ quotidiana & attendenda, aliquos casus percurram, in quibus non minimæ quotidie dubitationes incidũt. Primus sit, si petatur ab equite satisfactio iniuriæ vel damni, ab eo illati, quia ad satisfactionem illius nascitur ciuilis actio, quæ ex crimine descendit, pro qua apud suum iudicem pulsari debet, ex Ordin. d. titul. 12. §. 1. & titul 1 § 4.

Tamen distingui debet, quod vel satisfactio illa descendit ex crimine, iam perpatrato, cui adhæret, vel rursus est satisfactio damni, per se subsistens sine alia specialis criminis nota. Primo casu licet aliqui Doctores teneant, quod hæc pæna ciuiliter petita, est actio mere ciuilis, vt probat tex. in l. Caius. ff. ad Sillan. vbi agitur de pæna

de pæna applicanda fisco, & tamẽ tex. vocat illam pecuniariam, quasi diceret quod est ciuilis, ex reg. l. vltim. ibi, *in criminalibus*, & ibi, *in pecuniarijs*. ff de ferijs, l. 1. in princ. ff. de testib. auth. sed hodie, ibi, *in criminali*, & ibi, *in pecuniaria*, C. de episcop. & cleric. deinde ex tex. in cap. per tuas de simon. vbi dicitur agi de simonia, ciuiliter, quam explicationem sequebatur Correa in fragmentis fol. 15. resoluens cũ multis quod actio furti vi bonorum raptorũ, & similes sunt ciuiles, sequitur Cabed. decis. 14. 1. part. nu. 3. Motti ex Ordin. libr. 5. titul 18. § 14.

18 Tamen attento iure cõmuni, & Regio quod nostrum ius commune est, illa opinio sustineri nequit, quia iudicium criminale illud est, in quo agitur de crimine ciuiliter, ad vtilitatem partis, ex dict. gloss. 3 & in §. in summa Instit. de iniur. verbo extraordinaria, quas Doctores communiter sequntur, Abb. in rub. de iudic nu. 5. Berous 62. Ripa 92. Nauar 31. Clarus § fin quæst. 1. nu. 2. quod idem sequta est Ordin. titul. 12. § 1. & dict § 4. dum disponit quod actio ciuilis, ex crimine, est criminalis, & pro tali reputanda, nec aliud probat Ordin. d. §. 14. nam in principio quo mouetur Cabed & Correa non colligitur quod disponat, quod ciuilis actio ex crimine pro ciuili habeatur, imò semper supponit quod sit criminalis, quia supponit quod reus in carcere detineri potest, adhoc vt feriæ locum habere possint, bene ergo constat quod solum ad illũ finem ponderat causæ ciuilitatem nõ vero vt eam iudicet mere ciuilem, cũ supponat capturam quæ causæ ciuili regulariter non conuenit.

19 In secundo autem casu si causa vertitur super damno dato in patrimonio alieno, quamuis descendat ab spolio vel iniuria, non proprie sumpta sed á facto iniurioso, his casibus Regia ordinatio inhærens iuris communis regulis, induxit quod actio super his damnificationibus motta, haberetur pro mere ciuili, vt deducitur ex Ordin libr. 2. titul. 1. in princip. vbi obligat Prælatos exemptos vt in sæculari pro damno dato, & violentijs respondeant, idem statuit in §. 1. agens de reconuentione vbi disponit quod clerici reconueniri valeant, in sæculari pro damno dato, in alieno patrimonio vel pro refectione iniuriæ, idem prosequitur dict. titul. 18. §. 14. in fin. ibi, *porem se o A. demandar emenda & vingança de algũa iniuria, ou offensa que lhe fosse feita, &c.*

Vnde ad similitudinem clericorum commendatores, seu perceptores ordinũ, si pro damno dato pulsentur, in alieno patrimonio dato, declinatoriæ locus non erit, quia actio ciuilis est, & habebit locum Ordin. dict. titul. 3 § 1. in fin.

20 Idem debet accipi in casibus mixti fori, vsuræ simoniæ, & similibus, vel concubinatus, quia cum lege Regia cautum sit, quod hæc crimina sint mixtæ cognitionis, Ordin libr. 2. titul. 9. fraudatur iurisdictio Regia si ad forũ episcopi declinant, sed adhuc aduerti debet, quod si criminaliter conueniantur, vel ad pænam ex crimine, non possunt in foro sæculari conueniri, quia illa ordinatio agit de laicis, qui ad forum ecclesiæ vocari possunt, & non è conuerso, quia lex temporalis non potuit ligare clericos auth. Cassa. C de sacros. eccles.

21 Quod si libere phylosophandum est, equites militiarum visis breuibus, & indultis, ordinum non solum in criminalibus, vt dixi, & his quæ ex criminibus descendunt, sed etiam in mere ciuilibus suos habent iudices à Sede apostolica concessos, sicque exprimitur in Bulla trium instantiarum impetrata à Rege Sebastiano, licet eam in practica obseruari nõ videam, ex Ordin. quæ aliud disponit libr. 2. titul.

titul.12.§.1. Cuius innitium (ne lateat) ex eo profluxit quod cum tempore inuictissimi Regis Emanuelis equites militiarum adhuc iudicem deputatum non haberent, qui de eorum causis criminalibus, & ciuilibus cognosceret, Rex ipse iudicibus locorum ordinarijs scripsit, vt ipsi de equitum causis cognoscerent ciuilibus, donec iudex certus equitibus assignaretur ex commissione ipsius tanquam magni magistri, nisi in Curia vel in alijs locis vbi iudices ordinum assisterent, continuataque hac possessione, seu cognoscendi forma in confirmationem ipsius, lege Regia postea illa cognitio concessa fuit iudicibus ordinarijs, quam antea ex commissione obtinebant quod an fieri potuisset sapiens iudicabit.

In quarto dubio an possint equites inhibitorias impetrare impunè vt remittantur.

22 Regia Ordin. libr.2. titul.14. disponit ne publicentur inhibitoriæ sine Principis facultate, & assensu pœnam imponens his in quorum fauorem emanauerint, quæ ordinatio si simpliciter accipiatur, prout verba sonant, maxime videtur offendere ecclesiæ libertatem. Cum notũ sit Prælatos posse censuras proferre, & inhibitorias vt subditos reuocent, & vt suã tueantur iurisdictionem, iuxta cap. si iudex de sent. excomm. libr 6. adeo vt etiam alijs armis vti liceat, cap. ex tenore de foro comp. Bobad. libr.2 cap. 17. num.60. Franciscus Marcus q.215. Menoch. de retinend. remed.3. n.356. Non potest ergo prohiberi, vt ipsi inhibeant, iudicibus sæcularibus ex gloss. in c. accusatus de hæretic. Monachus in c. cum Episcopus de officio ordin. in 6. Bald. in c.1. de pace iur. firman. & in l. falsus num.21. C. de furt. Couar. pract. c.9. nu.7. Gregor. in l.21. titul.4. part.3. gloss.1. Boer. decis. 114. num.2. idem Couar. pract. cap.24. nu.3. Rota decis.58. nu.2. de appell. Caqueran. decis.5. nu.7. Barbos. in l. Titia num.39. ff. solut. matrim. Aufrer. de potestat. eccles. cap.1 nu.7. vers. nemo potest, prosequiur Zeuall. 4. part. q.897. nu.986. & lib.2. c.19. n.36. Salzedus in practic. cap.12. n.4. atque ex his videtur quod hæc Ord. sustineri non potest, ex his quæ cõsiderat Alex. n.12. Ias. 1. lectur. nu.74. & 2. lectur. nu.108. Ripa nu.82. in l. filius §. diui ff. de leg.1. Iacobus de represalijs 2. part. nu.7.

Quare hæc Ordinatio debet exponi quando iudici sæculari inhibitum est, in casibus qui ad ipsius iurisdictionem spectant, attento iure communi vel Regio, his enim casibus inhibitio offendit regiam iurisdictionem. Vnde hæc Ordinatio non potest procedere in causis notorijs, & quæ attenta natura sua ad forum ecclesiæ spectant, etsi attente legatur, agit de inhibitoria & auocatoria qua à iudice cognoscente causa auocatur, ad iudicium ecclesiæ, patet ibi, *ou o juiz que da causa do impetrante conhecer*, in quo supponit, quod iudex qui cognoscebat, iam se iudicem pronuntiauerat, procedens ad vlteriora cap. 1. de litis contestat. communis in rub. de iud. vbi Ripa num.45. Cuia. libr.11. obseruat. cap.21. vbi resoluũt instantiam causæ incipere á contestatione vnde iam in hoc casu præcesserat contestatio, cum de causa cognosceretur, competentia enim iudicij in limine ipsius proponitur, Ord. lib.3. tit. 20.§.9. & lib 1 titul.6.§.9.

Quare tunc in fraudem inhibitoria dimanat, quando iudex sæcularis iam se pronuntiauit competentem, & hoc casu inhibitio siné Regia facultate nequit expediri, vel in casibus mixti fori, in quibus semper non bene expeditur ex Bald. in l. consulta n.1. C. de testam. Marta 2. p. c.42. n.12. & 3. p. c.7. Zeuall 4. part. d. q.897. num.994. vel quando ecclesiasticus inhiberet in

Cc causis

causis violentiæ, in quibus Reges cognoscunt, ex vi concordiæ initæ cum Prælatis, vt refertur inter leges Ioannis Primi cap. 2. Menoch. remed. 15. recup. quæst 18. & de Retin. remed.3. quæst.52. num. 323. & 327. Craueta cons.258. vol.1. Guido decis. 1.& 85. nu.149. Chacheran. decis.116. Thesaur decis. 517. Rota decis. 361. Marta 2 p.cap.39.nu.15.& 16.

23 Ex quibus sequitur non legitimum, sed adulterinum potius esse sensum, traditum huic ordinationi, quod vbi primum constat inhibitoriam expeditam fuisse statim cōdemnetur pars, in cuius fauorem emanauit, licet non constet ad ipsius instantiam fuisse impetratam, qui sensus videtur suaderi, ex verbis eiusdem ordinationis, ibi, *aquelle em cujo fauor à inhibição for feita, pagara quinhentos cruzados*, sic supponens quod sola præsumptio sufficiat ad cōdemnationem, quia admodum violenta est faciunt quæ Barbos. in l.2. part.1.nu.82.

Sed longe aliter se res habet ex eadē enim ordinatione colligitur, quod loquitur de eo qui inhibitionem impetrauit, & postea eam publicari fecit, ibi, *juiz que da causa do impetrante conhecer, à não faça publicar*, quibus verbis cum litigante loquitur, qui dictam inhibitoriam impetrauit, quem prohibet, ne eam publicare intendat, & ibi, *& lhe mandaremos passar aluarà, porque o ajamos por bem*: quæ verba preces impetrantis præcessisse supponunt, & continuatiuè disponit, quod si publicetur, ille in cuius fauorē facta fuerit, impetratio condemnetur, intelligens de illo qui impetrauit. Solumque hoc notabile colligitur, ex hac Ord. quod non sit necessarium, vt probetur quod publicatio facta fuit, de mandato impetrantis, quia sufficit eam impetrasse vt publicatio subsequta, eius industria facta præsumatur.

Aliàs enim sequeretur, quod quoties iudex ex officio inhibuisset, plecteretur ille in cuius fauorem inhibitio expedita fuit, cū sit de iure, quod iudex ex officio inhibere potest, quando ita viderit expedire, vt resoluit Peres in l.10 titul 1 lib 3.ordina. Gutierr.pract. libr.1.quæst.10 & 11.num.3. Azeued.ad l.3 titul 4 num.2.lib.1.recopil.Salzed. cap.12.num.4.

Vnde hæc ordinatio debet restringi ad inhibitorias quæ propriè, & verè tales sunt, nec debet extendi ad requisitorias, quas iudex ecclesiasticus ex officio expedit, ad defensionem suæ iurisdictionis, consonat noua iustitiæ reformatio.§.15 vbi agens de requisitorijs nulla pœna illos in quorū fauorem expediuntur prosequitur.

24 Ex quibus fit, quod quando iudex aliquis inhibetur, in causa de qua cognoscit, si ipse inhibitus supplicat ad tribunal Regium, ex Ord. lib.1 tit. 9. §.11. non debet statim prouideri, ex eo solum quod inhibitoria emanauerit sine licentia Principis, vt videtur insinuare eadem ordinatio quā sic nō rectè accipit Valasc cons 159.num.14.

Quia hic sensus nequaquam sustineri potest, si enim inhibitoria iusta sit & secundum Canonum præcepta, non sufficit, vt publicaretur sine approbatione Principis sæcularis, vt nō valeat inhibitio, ex decreto Concil: Trident. sess. 25. de reformat. cap. 3. explicat Cened ad decretal.collect.an. 17.nu.2.Gaspar Roiz lib.1.de redditibus quæst.17 num 73. Azeued. libr.2. titul 6.l.2. Salzed in practicar. c.102. vers parique, & dum in eadem ordinatione pœna imponitur, non corruunt gesta, nec lex sæcularis annullare potest, ea quæ per ecclesiasticos fiunt, seruato iuris ordine.

Nec aliud probat Ordin d §.11 quia solum eo tendit vt doceat, ad quod tribunal illa grauamina pertineant, quando scilicet iudices inhibiti sint, vel se pronuntiauerint inhibitos, quæ

quæ decreuit coram iudice Regio terminanda, quia Regiam inuoluebant iurisdictionem, ne forsan iudices inferiores præiudicare possent Regiæ iurisdictioni, pro nuntiando se inhibitos: non tamen iubet vt statim prouideatur, eo quod sine Regia licentia inhibitio publicata fuerit, quia circa hoc debent acta examinari, an iuste excommunicatus fuerit vel inhibitus, ne detur iurisdictionis Regiæ ab vsus.

25 Quinta quæstio est, quando eques in aliquo tribunali inseruit Catholicæ Maiestati, vel Senatoris, vel Conciliarij officio fungens, an in erroribus in officio commissis, debeat remitti ad suum iudicem.

Hic atticulus est difficilis supposita Ordinatione lib 2 titul. 3. §. 1. in fin. & libr. 1. titul. 7. §. 35. iuncta reformat. iustitiæ § 13. quæ disponunt quod ministri Regij qui ad ordines conuolauerint, vel iurisdictionem ecclesiæ, amittant officia, quæ à Rege obtinuerint, & videtur sine dubio, quod loquitur de equitibus, qui se remitti postulant ad priuilegia ordinum, seu militiarum, si attendimus ad verba, quibus eadem Ordin. in princip. tituli vtitur, vbi egit de equitibus, & est similis lex Castellæ l. 4. titul. 4. libr. 1. nouæ collectio, Azeued. in l. 6. titul. 1. libr. 4. Gomez 3 tom. cap. 10. num. 7. Couar pract cap. 33 nu. 6.

Tamen hæc ordinatio debet intelligi, consideratis terminis habilibus, scilicet in illis casibus, in quibus Commendatores in sæculari respondere tenebantur, ibi, *per se izentar de nossa iurisdição*: quibus verbis supponit illos teneri, in eo foro respondere, quam vt illudant declinant, quod quidem locum habere non potest respectu criminalis actionis, etiã ciuiliter mottæ, quia in his ipsi de iure exempti erant, à sæculari iurisdictione, cum habeant priuatiuum iudicem, quem remittere nec pacto expresso possunt, ergo nec tacito, quod prorogatione fit, acceptando sæculare officium, de quo est in terminis tex. in cap. cũ contingat de foro comp.

26 Quando enim clericus Principi sæculari inseruit, in aliquo tribunali, personam non submittit coertioni, nec á Principe in alio puniri potest, quam in pecuniaria pæna, & officij ipsius priuatione, nam iactura officij inter ciuilia computatur, per tex. ad id expressum, in cap. per tuas de simon. vbi communis resoluit, quod ex eo quia ibi agebatur ad effectum vt Abbas ab administratione remoueretur, illud iudicium erat ciuile, resoluit Clarus d. §. fin. quæst. 1. num. 3. vers quintus, licet aliter sentiat Robertus lib. 4. sententiarũ cap. 9. ex quo tex. videtur dessumpta hæc ordinatio, dum sola priuatione officij punit tanquam mere ciuili.

27 Vnde videtur quod supposita hac lege d. equites non prohibentur ad suum iudicem recurrere, sub amissione tamẽ officij prius obtenti, quod tamen procedere non potest in causis criminalibus, quia in his alium iudicem non habent, & impunè videntur posse eos suum iudicem adire, sed in ciuilibus vel si pro refectione alicuius iniuriæ pulsantur, nõ propriè sumptæ (quia aliàs actio erit criminalis, & infamiam irrogabit Correa in fragmentis fol. 25.) Nam licet de iure communi pro omni iniuria criminalis, & ciuilis actio competat, d. §. in summa de iniur. l. constitutionibus. §. vltim. & l. fin. ff de iniur. tamen apud nos iniuria aliam non parit actionem quam criminalem, quia nihil de patrimonio alieno diminuit, & fuit inuenta actio iniuriarum ad vindictam iniuriæ, l. cum emancipati, §. emancipatus ff. collatione bonorum, Correa vbi supra num. fin. vnde dum Ord. libr. 2. titul. 1. §. 1. in fine, & libr. 3.

titul.18.§.14.in fine,loquntur de refe-ctione iniuriæ, debent intelligi de in-iuria,impropriè sumpta, prout sumi-tur pro non iure facto, & pro damno iniuriosè dato, in patrimonio alieno; quare hæc Ordinatio libr.2. titul.3 §.1. in fine,potest intelligi de illis officia-libus qui se ad ordines minores remit-ti postulant, prout sunt scribæ vel etiam senatores qui etiam coniugati, priuilegio gaudere possunt, si affixi proponantur, alicui ecclesiæ, iuxta formam Concilij Trid. sess.23. cap.6. de reform.

Et certè hæc Ordinatio non vi-detur bene compillata, quia si de militibus agit illis imponit pœnam priuationis officij, eo quod se remitti postulant, cum tamen ipsi habere nō possint alium iudicem,& etiā si velint prorogatio nulla erit, d c. si diligenti, sicut & laicorum prorogatio respectu Episcopi annullata est in Ord. libr.2. titul 1.§ 14. si agit de officialibus tri-bunalium prout Senatoribus,vel Scri-bis, videtur etiam offendere ecclesia-sticam libertatem, indirectè. Quare melius collocaretur si simpliciter pro-hiberet, ne vllus Senator scriba vel aliusquicunque minister, haberet mi-noresordines, cum quibus adfunctio-nem publici muneris nemo admitte-retur, quia hæc exclusio iusta erat ob rationem publici regiminis, & cessa-rent quæ Salycetus in auth. cassa C. sacrosf ecclesf. & quæ Doct. in l.1.ff.de his quæ pœnæ nomine, & alijs in locis.

28 Nec aliud suadet Ordin.lib 2. titul.4. vbi in ciuilibus quæ ex crimi-nibus descendunt Reges puniunt be-neficiatos,qui Regiæ maiestati inser-uiunt, argum. l.fin.ff.de deret ab ord. faci. cap.1. de sent. excommun libr.6. Soares de censur. disputat. 22. sect. 1. num. 48. l. si quis Curiales. Cod de episcop.& cleri. Tiraquell.de retract. titul.1. §.1. gloss.8. num.46. Gutierr. d quæst.10. num.1. Cuius cognitionis consuetudinem, defendit Aufrer in Clem. pastoralis de officio ordinar. regul.1. falent.27. Cassan. in consue-tudin. verbo iustitia, & addit Soares libr.4. contra Angliæ errores cap 34. numer. 26 quod ideo est tollerabilis illa lex quia aliter reges illos cleri-cos non admitterent in seruitium do-mus Regiæ.

Sed adhuc obstat quod non possunt ipsi se submittere regi sæculari, in his quæ ex crimine descendunt, contra Canonum decreta, & dupliciter po-test responderi, quod in hoc titul. 4. non cognoscit Princeps, de crimine ciuiliter, sed solum de damno resar-ciendo parti, ab ipsis clericis illato, non per modum iudicij, sed ad ima-ginem parentis, prout declarant illa verba, *d'algũs dannos ou crimes por elles cometidos,para satisfação da parte.* Dein-de quod si adhuc superest scrupulus omnia cessant ex antiqua concordia ædita cum inuictissimo Rege Ioanne Primo, & à Summo Pontifice vt sup-pono confirmata, cuius verba sunt. *A este responde el Rey, que esto elle o não faz de nouo, mas os Reys antiguos sempre assi o custumarão, & he rezaõ, porque elles saõ seus, & de sua casa, & elle os deue castigar assi como o padre seus filhos, se-gundo he conteudo em hum artigo del Rey Dom Dynis feito antre elle & a clerezia, & de direito o pode fazer, & elle naõ os tomara por seus Capellaẽs d'outra guisa, no que elles mais perderiaõ, que de os casti-guarem, porem que sobre esto naõ lhe deu nem entende dar outra pena corporal, & assi o aceitaraõ os Prelados.*

29 Obstat tamen adhuc noua re-formatio iustitiæ. §. 6. dum in his quæ tangunt regium patrimonium statuit, quod ministri equites decli-nare non possint ad forum Episcopi. Nec satisfacit, quod hanc legem in-telligamus, vt ciuiliter clerici conue-niantur,in illo tribunali, quia cum sit licitum,

licitum, clericis regibus, & principibus inseruire, in secularibus tribunalibus, non obstante prohibitione iuris, ne clerici vel monachi, de quo apud nos extat apostolica concessio, prout in Hispania inseruire testatur Azeu. in l.1.titul 4.libr.2. nouæ recopilat. & Gregor. in syntagmate iur.3.part. lib. 47.cap.25. nu.6. vbi testatur quod in Parlamento Franciæ, plures clerici aderant, quamuis hodie solus Abbas S. Dionisi admittatur forte ex his quæ ad propositum Plutarchus problem.118.& Carolus de Grassal libr.2. regal.iur.15. Azeued.in add ad Pisam in Curia libr.2. cap.21.lit.A.& in l.1. num.1.titul.4. libr.2. recopilat. quod vtinam apud nos obseruaretur, nostra enim tribunalia occupant nouum ambitionis genus, nec est qui à præsepibus arceat.

30 Et quamuis nullo iure fulciatur, vt posint à Rege puniri ciuiliter, propter crimina commissa in officio, & minus apud nos, visa Ordinat. dict. titul. 12. §. 1. tamen generali vsu receptum est, vt tales ministri clerici respondeant, in sæculari pro damno dato, in patrimonio regio, ad ipsius satisfactionem, & ad ipsius restitutionem, sicque debet explicari d.§.6. ibi, *declinarem para o juizo das ordẽs se não conhecera nelle do que assi tocar a minha fazenda*, quod ita debet accipi, vt non cognoscatur nec criminaliter, nec ciuiliter, ex crimine, sed pro damno dato in patrimonio regio, quia respectu huius damni satisfactio ciuilis tantum prætenditur, quæ ciuilis est vt aperte probant Ordinationes libr. 2. titul.1. in princip. & §.1. in fine, & libr.3.titul.18.§. 14. in fine. Vnde hic est verus illius §. sensus, & hæc consuetudo conformis est illi, quæ in alijs regnis obseruatur, quam validam supponit Soares aduersus Angliæ errores libr. 4. capit. 34. num. 26. & fuit Guilelm. verbo & vxorem 2. distinct. numer.155. & numer. 165. Chalsan. in consuetud. rubr. 1. §. 5. numer. 71. Plaça de delictis capit.19. numer.23. Redin. de maiest. princip. §. sed etiam, numer. 183. Decian. in tractat. criminal. 1 tom. libr 4. cap.9. num. fin. Doctores in cap. sacerdotibus per tex. ibi ne clerici vel monachi, Couar. practicar.cap.33.numer.6. Clarus §.fin.quæst.36. num.25. Farin. 2. tom. titulo de inquisitio. quæst.8. num. 98.

31 Quid autem dicendum est in ministris, non equitibus sed tonsuratis, & primo dubito an senatores hoc priuilegio fori clericalis gaudere possint, coniugati, cum vestis senatoria non sit tonsuralis, sed mere sæcularis, & potius insigniæ subeat rationem, quam vestis, solumque Præsides scribæ, & alij officiales, hoc priuilegio gaudere poterunt, si talares induant vestes, & Concilij Trident. supracitati requisita obseruent, vnde licet remissio non impediatur, tamen remissum sequetur pæna priuationis, non sub ratione pænæ sed sub ratione inhabilitatis, sicque debet exponi eadem iustitiæ reformatio §. 15.

Cuius tamen §. 15. sensum non satis percipio, dum equites punit eadem pæna, si remissionem petant, cum tamen ipsi alium nec habeant nec habere possint iudicem, nec ex actu necessario puniri valeant: deinde dum iubet vt si promotor crimina remitti petat, non fiat remissio, principe inconsulto non enim hoc bene conuenit iuris principijs, melius intuenti remitto cogitandum.

Vltimo licet circa ea quæ supra resoluimus, aliquid aliter de consuetudine habeatur, nihilominus iuri Canonico præiudicium ex tali vsu non gignitur, etiamsi sit immemorialis, c.clerici de judic. vbi Abb. Rota 14.

de consuetud. alias 840. in antiquit. Aufret. de potestat. saecul. reg. 1. in princip. Couar. pract. cap. 31. numer. 5. Roland. cons. 4. libr. 1. num. 11. Gutierr. Cano c. 34. nu. 23.

Quibus perpensis mihi, & D. Hieronimo Pimenta de Aureu visum fuit nullo modo posse cognosci de actione contra d Comitem Motta, in illo iudicio, in quo ciuiliter ex crimine agebatur, prout patebat ex libello, & conclusione ipsius, sed declarauit Regius procurator, quod solam satisfactionem Regij patrimonij intendebat, atque hac declaratione cognouimus, Comite absoluto, non constitit enim d. Comitem tempore suae administrationis, excessisse in donationibus, nec testes de eo cōgruam reddebant rationem, cum excessus donationum, non ab alijs sciri possit, quam ab officialibus, & calculatoribus, quibus rationes redditae forent, insuper licet in vno anno Comes excederet, tam en si in sequentibus annis compensaret, non putabam excessisse ex ratione tex. in l. ex illo vino ff. de vitico vino. ibi, *ex superiore anno eum numerum amphorarum heredem daturum, &c.* Ord. libr. 4. titul. 27. §. 1. Valasc de iur. emphyt. quaest. 27. num. 24. facit l. 23. tit. 8. part. 5. Barbosa in l. diuortio §. fin num 6 ff solut. matrim. Mantica de tacitis lib. 5. titul. 8. nu. fin. Rebello de obligat. iustitiae. part. 2. libr. 14. q. 8. num. 11. Gratian. disceptatio cap. 195. num 14.

32. Dubium tamen fuit graue, an hoc casu posset fieri condemnatio, in eo quod ex libris Indiae constaret, Comitem excessisse, facta prius calculatione, & obtinuit non posse quod relatio illa debebat fieri ad ea quae sunt in actis, quia iudex non potest se referre nisi ad ea quae sibi nota sunt, tanquam iudici cum igitur de his quae ex actis non constant, non possit esse certus tanquam iudex, relatio ad illa, facta non valebit, ex Panor. in c. cum venerabilis nu. 18 & ibi Decius num. 37. de exceptio, dicit receptum Ias ibi num. 11. & 19. Alex. cons. 53. num. fin. libr. 5. Vantius de nulli ex deffectu processus num. 103. Couar. resol. libr. 1. cap. 1. num. 9. nec obstabit l. ait praetor §. si iudex ff de re iudic. vbi Alex nu. 12. tenet quod facta relatione ad ea quae extra acta sunt sententiam valere potuisse, quia secundum Iason. ibi nu. 11. testamentum de quo in tex. fit mentio, erat in actis productum, deinde dum facit mentionem de fideicōmisso, probato per testes, debet intelligi, de testibus in actis productis, vt per Ias ibi num. 17. sed quia hic sensus diuinat, sequendus est Ripae, intellectus ibi num. 9 quod potest ferri sententia eum relatione ad instrumenta, quae extra acta & processum sunt quādo partes in eo conueniunt, nec de eo dubitant, sed conformes sunt, tantumque dubitant de quantitate fideicommissi, quia tunc bene procedit d. §. si iudex, & cap. cum venerabilis de exceptio, quod cum in praesenti non daretur, imó Comes repugnaret se nō excessisse, nullo modo talis relatio fieri poterat.

Deinde quia sententia debebat ferri in quantitate certa, aliàs erat nulla, Ordin. libr. 3. titul. 66 § 4. l. pen. C. de sent. quae sine certa quantitate, l. quid tamen. §. Pomponius. ff. de receptis arbitris, quia qui non exprimit certam quantitatem, non videtur plene cognouisse de causa, & sententia est nulla l. pro latam C de senten. Bart in dict § si iudex num. 1. receptus ex Ias. num 14. nam licet frūctus & vsurae nō requirant condemnationem, certam quia remittuntur liquidationi, cap cū ad sedem de rest spolia. id quidē ideo admittitur, quia sunt accessoria sententiae iam certae, Bart in l. terminato num. 2. C. de fructib Paulus cons 270. quod secus esset, si sententia certam

condem-

condemnationem nõ contineret nec aliud probat l. in summa 59.§.1 ff de re iudic. vbi etiam in vsuris videtur requirere condemnationem certam, quia satisfit quod in eo tex. ideo sententia vitiatur, quia erat incerta non solum quoad quantitatem, sed quoad substantiam vsurarum quia iudex non condemnauit, an deberentur, & à quo tempore, quod secus esset si iudicaret illas deberi, á tali tempore, licet earum quantitatem non expressisset, quia postea in executione liquidaretur, d.l. terminato, nec obstat Ordinat. libr. 3. titul. 77. dum admittit sententiam conditionalem quia licet valeat sententia conditionalis tamen ideo non admittit quod ita ferri possit licet mero iure valida sit. Atque ex his sententia prolata fuit absolutoria pro Illustrissimo Comite.

SVMMARIA

1 *Bi fœmina exclusa est, & masculus ex ea.*

Vbi duo masculi concurrunt ille præfertur qui à masculo descendit. ibi.

Duplex qualitas præualet. ibi.

2 *Fœmina duobus modis excluditur vel in totum, vel secundum quid extantibus scilicet masculis.*

Radix infecta descendenti nocet. ibi.

3 *Vbi fœminæ absolute non excluduntur masculus ex eo alium masculum iuniorem excludit.*

Quando maioratus fœminas aliquo casu admittit non videtur attendisse ad agnationem. ibi.

4 *Qui in belli acie occumbunt censentur viuere per gloriam.*

Interprætata Ordinat. lib. 2. titul. 35. §. 1.

Fictio non debet extendi ad casus non expressos. ibi.

Ordinatio comprehendit omnem casum in quo defunctus si viueret esset præferendus. ibi.

5 *Qui reperitur in linea possessoris cæteris præferendus est.*

Linea possessoris solum est in consideratione ibi.

6 *Linea primogenituræ in quo differat à linea possessoris.*

Secundogenitus viuente primogenito non potuit acquirere ius primogenituræ. ibi.

Lineæ constituuntur in personis filiorum. ibi.

Filij admittuntur ad imaginem successorij edicti. ibi.

7 *Lex Regia libr. 4. titul. 100. admisit lineas.*

Interprætatur Ordin. libr. 4. titul. 100. §. 2.

Vocato proximiori non cessat re-

 præsen-

præsentatio. ibi.
Proximitas gradus metienda est inter constitutos in linea. ibi.
8 *Admissis lineis non tollitur repræsentatio.*
Potestas nominandi naturalem data in maioratu in quo fœmina admittitur referenda est ad successores masculos.
In conditionibus attenditur conditio personæ. ibi.
Donatio principis ex eius mente interpretanda est. ibi.

DECISIO LIX.

An masculus ex fœmina sit præferendus fœminæ ex masculo in pari gradu, ad Ordin. lib. 4. titul. 100. §. 2. *& lib. 2. titul.* 35. §. 1.



INuictissimus Rex Ioannes III. maioratum cõstituit ex Præfectura de Tamaracá in fauorem Petri Lopez de Sousa illis additis conditionibus, quod d. maioratum d. Petro eiusque successoribus hæreditario iure concedebat masculis, & fæminis, ita vt semper masculus præferatur fæminæ maiori.

Secundo, quod in deffectum masculi fæmina succedat, vel si in pari gradu transuersalium non reperiatur masculus fæmina proximior præcedat.

Tertio, quod dum descendentes adsint masculi, & fæminæ non succedat bastardus, illis tamen deficientibus admittantur dummodo non sint ex damnato coitu ordine legitimorum.

Quarto, quod legitimis & bastardis defficientibus, ascendentes admittantur, masculi & fæminæ ordine supradicto.

Quinto, quod defficientibus descẽdentibus, & ascendentibus succedant naturales, hoc tamen casu poterit possessor transuersalem eligere quem maluerit, qui naturalem excludet.

Sub his conditionibus deuenit maioratus ex Petro Lopez de Sousa, ad eius filiam d. Hieronimam d'Alburquerque, quæ nupsit D. Antonio de Lima, post illos eorum filia successit D. Elisabet de Lima, quæ sine liberis descessit: contendunt de successione duo sobrini alter Luppus de Sousa, alter D. Ludouicus de Castro, Comes de Monsanto, quia vterque est nepos magni Martini Alphonsi de Sousa, Indiæ Proregis, qui erat frater primi vocati Petri Lopez de Sousa.

Verum Luppus se præferendum asserebat, quod ex filio masculo Petro Lopez de Sousa, iuniori prognatus esset, Comes veró de Monsanto erat filius D. Agnetis Pimentel filię eiusdẽ Proregis, qui se præferendum astruebat, quia ex sua persona succedebat, & erat maior natu ipso Luppo.

Quæstio igitur erat, an masculus ex fæmina senior præferendus sit in successione maioratus, masculo iuniori ex masculo.

Secundo, an etiam sit præferendus d. Luppus de Sousa quod eius pater Petrus

Petrus Lopez de Sousa, in acie occubuerit, cum Rege Sebastiano vltimo quasi censeatur viuere per gloriam, vt duret eius linea.

Tertio, quia vltima vita D. Elisabet de Lima dictum Luppum nominauerat, dubitabatur, de validitate nominationis, & an posset nominare, quia illa fuit concessa quando naturalem haberet, & non aliàs.

1 Cum quæstio hæc esset de apicibus iuris, ardua, & inter magnates, eius decisio Senatoribus sacri Pallatij commissa fuit, & in prima quæstione videbatur Comitem de Monsanto, excludendum, quià à fæmina descendebat, ex reg. l si viua matre. C. de bon. matern. nam ab eo gradu & iure quo fæmina ipsa excluditur, masculi ex ea descendentes pariter excluduntur, cap. 1. §. hoc autem de his qui feud. dare poss. cap. 1. de succesio fratr. notat Bald. in l. 1. num. 3. de senator. Feraldus de priuil. Franc. num. 44. Corset. de potest reg q 65. late Tiraq. de primogen quæst. 12. nu. 5. & quæst. 14 nu 5. Pinel. in l. 3. C. de bon. mater. sub num. 19. Valasc. de iure emphyt. quæst. 41. num. 5. Rojas de succesio. cap 3. nu. 31 communem dicit Brunus de exclus. fæmi. artic 6. ante num. 93. art 12. sub num. 235. quod non solum procedit, in his dispositionibus, in quibus agitur de conseruanda familia, & agnatione, sed in alia quacunque dispositione, vt fatetur Valasc d. quæst. 41. in fin. licet ipse contrarium sequatur, Ias. in l gallus § nunc de lege nu. 10. ff. de liber. & posthum. Gratus plures citans, & dicens communem cons. 120. num. 14. vnde licet in hoc maioratu, masculus fæminæ præferatur, tamen quando masculus cum alio masculo concurrit, ille præferri debet, qui eam qualitatem habet, quod ex masculo descendit, quia is proximior censetur, quia duplici qualitate iuuatur, masculinitatis ex masculo producta, quia habet maiorem coniunctionem, ex Ruyno cons. 167. nu. 11 libr. 4. Socin. cons. 94. num. 13. libr. 1. Paris. cons. 49. num. 18. libr. 2. Multa iura citat Alexander Raudensis de succes. Regni Portugal. conclus. 10. fol. 35. Mantica de cōiectur. dicit iudicatum lib. 8. titul. 18. Peregrin. de fidei. artic. 26. num. 2. Molin. lib. 3. cap. 1. num. 47. Menoch cons. 172. num 31. lib. 2. Surd. cons. 185. num. 3. libr. 2. quia tunc nec ex propria persona filius potest admitti, quia radix est infecta vt per supracitatos.

2 Verum hæc regula non ita indistinctè accipienda est, sed sub distinctione, quod vel fæmina per institutionem omnino excluditur á maioratus succesione, vel non excluditur, imò admittitur licet excludatur, solū quando masculi extent. Primo casu qui à fæmina descendit necessario, venit excludendus sicut ipsa excluderetur, si viueret, quia radix infecta nocet illis qui ab ea trahunt originem, filius namque habet necessariam relationem ad suum principium, idest ad matrem, & ideo magis attenditur principium, quam finis, l. 3 §. scio, vers. inspecto innitio ff de minor. Cumque innitium sit inhabile, eandem contrahit inhabilitatem, qui ab eo procedit, eodem vitio continuato, ne excludamus matrem, & admittamus filium, qui ab ea causam habet, & locum qui ab eius persona diriuatur occupat, Palla in rubr § 69. num. 34. Gomez. l. Taur. 40. num 61. Bertran. cons. 245. num. 2. libr. 3. Baeça de non melioran. filiab c. 7. nu 35.

3 In secundo vero casu quando ex forma institutionis fæminæ omnino exclusæ non sunt, sed propter masculos, ita vt fæmina non extante filio masculo, succedere posit, prout in nostro casu, tunc masculus senior descendens ex fæmina, in pari gradu cum masculo, qui aliàs ex masculo descendit,

descendit, illum excludit, nec obstat, quod eius mater, à qua originem trahit, iam proponitur exclusa, à masculo qui occupauit successionem, & sic qui ab ea descendit, debet etiam censeri exclusus, ex reg. d. l. si viua matre, quia satisfit, quod mater est exclusa actu, sed non potentia, quia dum masculus eam excludit, adhuc in matre exclusa consideratur potentia succedendi in maioratu cuius ipsa est capax, si casus eueniat, vt ipsa admitti posit, vel si descendens ab ea masculus, cum alio masculo iuniori concurrat, qui ex sua persona admitti poterit, & hoc casu masculum ex fæmina seniorem præferendum, dixit Costa de successione Regni fol. 145. vers. nam etsi descendens, qui ponderat ad id Ordinationem libr. 2. titul. 35. §. 14. faciunt quæ Bart. in l. liberorum ante num. 17. ff. de verbor. signi. Pelaes lib 2. de maioratu quæst. 6. num. 54. Euerardus conf. 228. resoluens pro nepote ex fæmina, contra nepotem, ex masculo, quando fæmina non erat omnino exclusa, & datur paritas gradus, & fuit sententia Cornei conf. 199. num. 6. lib. 1. Et ratio videtur esse, quia quando lex vel institutio maioratus, fæminam omnino non excludit, non videtur attendisse ad conseruationem agnationis, cum filiam præferat nepoti masculo, propter gradus disparitatem, vnde masculus præfertur propter sexum, non propter agnationem, ergo cum nepos ex filia reperiatur masculus, non est cur excludatur vt arguit Socin. in l gallus § nunc de lege nu. 5. ff de lib & posth. vnde in specie Ordinationis libr. 4. titul. 37. §. E finandose, nepos ex filia excludit nepotem, ex filio, si senior sit, sentit idem à Costa fol. 174. vers. diuersum: atque ex hac vltima sententia hic articulus decisus fuit.

4 In secunda quæstione probabatur in actis Petrum Lopez de Sousa, in belli acie occubuisse, atque ex eo d. Luppus de Sousa allegabat, quod ipsius pater debebat censeri viuus, vt admitteretur ad successionem huius maioratus, qui sororem matrem Comitis de Monsanto sine dubio excluderet, argum. tex. in §. bello amissi instit. de excus. tutor. l. bello amissi ff. eod. quæ decidendi ratio, maioratibus cõuenit ex Peralta in rubr. ff. de hæred. instit num. 130. Aldobrandinus in §. 1. instit. de excus. tutor. num. 11. & 42. Comprobat Ordin. libr. 2. titul. 35. §. 1. vbi ad repræsentationis beneficium assequendum, huic fictioni standum dicit, Valasc. conf. 148. num. 2. Gama decis 307 & decis. 147.

Verum obstat, quod hæc fictio, solũ à lege Regia d. §. 1. approbatur inter descendentes, ibi, *filhos daquelle que os ditos bẽs possuir*, cumque agat inter patruum, & nepotem, vt illa fictione iuuari valeat, nepos contra patruum, alios casus videtur exclusisse, quando inter transuersales esset contentio, quia fictio non debet extendi ad casus non expressos.

Sed verius videtur, quod hæc ordinatio loquitur, secundum subiectam materiam, nam cum ageret de interpætatione legis mentalis, quæ transuersales repellit omnino, ideo inter patruum, & nepotem fictionem induxit, non limitatiue ad illum casum, nec excludens quod in alijs casibus, qui occurrere possent, idem admittendum foret, cum illud relinquatur dispositioni iuris communis, tanquam casus omissus, secundũ quod in omni casu, in quo defunctus si viueret, ius suum cõseruaret, quando in acie belli occumbit, fictione legis fingitur viuus per gloriam, nec hæc fictio magis vni casui, quam alijs applicari potest, nam sicut de tutellis ad maioratus extenditur, sic habere debet locum inter descendentes, ac inter transuersales, vt in omni casu admitti, dixit Aluaradus libr. 2, cap. 3. §. 3. num. 40. Aufrer. decis.

decis.443. Tiraq. de primogen. quæst. 40 num. 227. Gabriel lib. 4. commun. titulo de successio ab intesta. conclus. 2. num. 17. Costa de successio. reg. 1. p. num. 34. & 2. part. num. 20. Valasc. quæst 50. num. 16. Gama d. decis. 307. num. 14 Ayala de iure milit. lib. 3 cap. 3 num. 23. facit l. 1. C. de filijs official. & mil. qui in bello, vbi Cuiatius, vnde si vixit tempore delati maioratus, se suosque successores admisit, reliquis exclusis, quia ipse verus possessor fuit.

5 Ex quo fit, quod cum ipse possederit, & Luppus de Sousa reperiatur in linea possessoris, quam eius parens perfictionem ingressus est, vtique ipse legitimus huius maioratus successor, habendus est, nam attento iure communi vna solum linea datur, quæ prærogatiuam habet, quæ est possessoris à qua non potest fieri saltus ad aliam, quia reliquæ non considerantur, de quo est tex. in cap 1 de natur. success. feud. ibi, *& sic in infinitum ex latere omnes per masculos descendentes, &c.* & ibi, *sed omnibus ex hac linea defficientibus omnes aliæ lineæ æquales vocantur*: idem probat tex in cap. 1. de successio. Fratrũ Molin de primogen. cap. 6. num. 34. & 50. & lib. 3. & cap. 4. nu. 13. Aluaradus de coniecturat. cap. 3. § 3 numer. 45. Ratio est quia habet ius de præsenti, per occupationem lineæ, tenens caput ipsius, quod ius sic formatum succedendi, ad suos descẽdentes transmittit.

6 In eoque differt à linea primogenituræ, quam occupat primogenitus, nascendo absque vlla actuali occupatione, cap. Ioseph. de verbor signi. & licet controuersum foret, an requireretur, quod primogenitus occupasset successionem, tamen obtinuit solam spem succedendi sufficere, Tiraq. de primogen quæst 40. nu 6. ex auth. Bald. in l. cum antiquioribus nu. 10. C. de iure deliber. & de hac agit l. 40. Tauri, & nostra Ordin. lib. 4. titul. 100, Reliquæ autem lineæ quas Paulus considerat lib. 2. consf. 164. num. 5. an sint in consideratione non sine dubio est, ex his quæ Couar. pract. cap. 38 nu. 6. Molin libr. 3. cap. 6. nu. 31. & videtur suaderi non esse quia secundogenitus viuente primogenito, est impossibile, vt tempore quo exclusus erat, acquireret ius primogenituræ, illudque transmitteret ad legitimos descendentes, cum non sit ius formatum, sed quædam spes, cuius transmissio soli primogenito concessa est, verum contrarium quod scilicet quilibet ex filijs suam constituat lineam suo ordine ita vt descendentes à prima vel secunda, reliquos ex remotioribus excludant dixit seruandum Castillo lib. 3. cap. 15. num. 2. Socin. consf. 33 num. 8. libr. 3. Deci. consf. 379. num. 4. Ruynus consf 27. num 4. libr. 3. Ad instar successorij edicti sequutus sententiã Pauli quem receptum dicit Guilelm. de Monsenate in tractat. de successione Regni Franc. 1. dub. num. 8. Molin. d. cap. 6. num. 29. Couar. d. cap. 38. nu. 6. Gutierr. pract. lib. 3 quæst. 66. num. 16. & quæst. 67. num. 46. & consf. 13. nu. 11. & Canoni lib. 2. cap. 14. nu. 20.

7 Quare non infæliciter dici potest quod nostra lex Regia videtur amplexa sententiam Pauli, qui lineam in persona vniuscuiusque filij admisit, quod comprobatur ab ipsa Ord. lib 4. titul. 100. ibi, *de maneira que sempre o filho & seus descendentes legitimos por sua ordem, representem à pessoa de seu pay, posto que o ditto pay não ouuesse entrado no tal morgado*: si aduertimus, quod in eo vers. ordinatio loquebatur, de transuersalibus, deffecta linea descendentium possessoris, & in his filium transuersalis cum suis omnibus descendentibus admittit, vt excludat secundogenitum, quod fieri non potuit nisi consideremus, quod omnes filij primi institutoris suam lineam constituerunt inter se, licet non occupassent successio-

successionem conditionaliter, & cum potentia succedendi, quando locus aperiretur, & vt ita dicam in habitu, quod apertè conuincitur ex illis verbis, ibi, *posto que o ditto seu pay não ouuesse entrado no morgado*: in quibus ostendit agere de transuersalibus omnino, respectu vltimi possessoris, inter quos tamen eandem in infinitum repræsentationem pollicetur, dummodo descendant á primo instituente, quod nullo modo stare potest, nisi in transuersalibus sua constituatur linea, vt quisque suo ordine præcedat.

Nec hunc sensum excludunt, verba Ordinationis eod. titul. 100. §. 2 in fine, dum ad successionem maioratus vocat proximiorem vltimo possessori, quod quidem stare non potest si consideremus, in singulis filijs, lineas constitutas fuisse, quia si ex linea succederetur, vtique remotior ex illa linea præferendus foret, proximiori ex alia, ne fieret saltus, qui non datur nisi quando prima linea in totum extincta est, patet ergo ordinationem ad lineas non attendisse, dum proximiorem vltimo possessori vocat.

Satisfit enim si consideremus, quod ille §. dessumptus fuit ab Extrauag. 6. part. titul. 1. l. 13. & post illum, noui compilatores legum eandem Ordinationem in titul. 100. construxerunt, vnde ille § aditus fuit, tanquam continens declarationem præcedentium, & ita accipi debet, vt non deroget præcedentibus, vt sit sensus quod semper proximitas vltimi possessoris attendatur, quod non excluditur etiamsi lineas admittamus quia illas non admittimus, nisi in transuersalibus descendentibus à primo institutore, quos lex Regia æquiparat ipsis descendentibus legitimis per rectam lineam, ibi, *sendo descendentes do instituidor*: vnde Ord. in d. §. 2. procedit sine dubio in transuersalibus nõ descendentibus à primo instituente, circa quos non immutauit, ea quæ iuris communis sunt, secundum quod transuersales solum habent repræsentationem, vsque ad secundum gradũ, auth. post fratres C. de suis & legit. hæred. nec in illis linearum fit consideratio, sed quilibet suo gradu & proximitate admittitur, atque ideo eleganter Ord. vtitur illis verbis, *sendo do sangue do instituidor*, quæ verba in noua compillatione addita fuerunt, non enim in extrauaganti erant posita: ex quo mihi persuadeo, quod compillatores animaduertentes, quod aliqua resultabat contrarietas ex vtraque dispositione, se explicarunt, apponentes illa verba, vt denotarent quod agebant cum transuersalibus non descendentibus, sed transuersalibus tam respectu possessoris, quam primi institutoris, & ideo requirunt vt sint de sanguine. Cum igitur hic de his omnino transuersalibus agat, in princ. vero d. titul. 100. agat de transuersalibus descendentibus, nulla contrarietas est, sed vtraque dispositio in suo casu obseruanda est.

Vel dici potest quod dum ordinatio proximiorem vltimo possessori vocat, non adimit repræsentationem quam admisit generaliter, ita vt quãdo repræsentationi non sit locus, proximior admittatur, qui sit de sanguine instituentis, ex doctrina Socin. in l. si cognatis ff de rebus dub. Surd. cõs. 370. num. 10 libr. 3. Menoch cons. 507. num. 11 quando vero repræsentatio sit admittenda, proximior sit ille, qui repræsentando sit proximior, exulauit enim illorum opinio, qui sentiebant vocato proximiori agnato, cessare repræsentationem, quos citat Castillo lib. 3. cap. 19 num. 199. & lib. 2. cap 20. à num 7. vbi d. cap. 19. num. 302. infinitos citat authiores pro hac receptissima sententia quibus accedit nostra Ord quæ admittit repræsentationem, & hoc § 2 vocat proximiorem, ea illæsa suis casibus manente, vnde quando

lex

lex admisit lineam, prout in descendentibus ab institutore, proximitas gradus metienda est, à constitutis in linea, quasi non sit in gradu, qui non sit in linea, sicut alias non considera tur sexus nisi in gradu, nec ætas nisi in sexu, prosequitur Osascus decis. 23 nu. 30. & 34. Cassanate cons. 38. num. 114.

8 Vnde patet non ciuiliter dici quod admissa linearum confectione, cessabit representatio, quia apertè decipiuntur qui hoc putant, nam admissis lineis, fouetur representatio, quia descendens ex prima linea, in infinitũ representat auum vel proauum, in d. linea constitutum, tanquam caput ipsius, vt præferatur proximiori constituto in secunda linea, & inter omninò transuersales non tollitur representatio, vsque ad secundum gradũ, per quã fit à lege proximior, qui est remotior, & post illos gradus quilibet proximitate gradus prærogatiua sexus & ætatis præferetur.

9 Circa vltimũ dubium, quæ nominationem ab vltima vita factã respicit, ex ea dicta nominatio impugnabatur, quia nominans, non habebat filiũ naturalem, vnde cum semper sit obseruanda institutionis forma, quæ nominationem admittit, quando naturales habeat liberos, illis non extantibus, defficit conditio, cum verba sint limitatiua, ex Bart. in l. 1. §. deinde. ff. de postulan. Alex cons. 59. libr. 3. Decius cons. 227. nu. 3. Crauета cons. 89. nu. 3.

Obstat tamen quod illa nominandi facultas, concessa ad excludendum naturalem, qui in institutione erat admissus, respicit fauorem possessoris, vt concessa videatur absolute, quando descendentem non habeat legitimũ, adeo vt etiam liceat bastardum excludere, & alium nominare non tamen inducunt conditionem, vt necessario habeat filium naturalem, quia hæc interpretatio, continet absurdum, cum institutio vocet, & masculos, & fæminas ad successionem, quo casu non est verosimile, quod Princeps intellexerit quod fæmina haberet naturalem filium, vt nominare posset, cũ & à sensu Regis sit indignum, & à conditione personæ, auth. si qua illustris C. ad Orphician. quare videtur verus sensus, vt defficientibus tam descendentibus, quam ascendentibus, posit vltimus possessor nominare, etsi masculus sit, & habeat naturalem filium, sicut alias interpretatur auth. de suis & legitim. hæred. §. si igitur, vbi interpretatur quod representatio nepoti datur, quando cum proprijs Thiois concurrit, vt non solum concessa sit cum alijs, sed etiam quando cum proprijs Thiois, qui erat casus magis dubius. Maxime quia hic intellectus est menti concedentis consonus, & æquiparatur successoris masculi & fæminæ cõditio, vt ille etiamsi naturalem habeat nominet, illa vero indistinctè nominet, quia naturalem habere non potest, nec tale opinandum est, nec est nouum trahi dispositionem ad casum in quo datur eadem ratio, arg. l. non debet ff. de reg. iur. Alciat. libr. 2. de verbor signifi. num. 41. Camillus eod. tract. lib. 6. cap. 6. num. 18. maxime in donatione Principis quæ latam recipit interpretationem, Deci. cons. 468. nu. 14. & cons. 498. nu. 11. Tiraq. in l. si vnquam, verbo donatione n. 48. Menoch. cons. 112. num. 28. lib. 2. Surdus cons. 140 num 77. libr. 1. Mantica de tacitis libr. 13. titul. 12. nu. 10.

Verum his omnibus perpensis, á Iuriscõsultissimis viris Ludouico Machado de Gouuea, viro quidem integerrimo ac maturi iudicij, & solidæ eruditionis & à Melchiore Dias Preto longo rerum vsu exercitatissimo D. Ferdinando Ayres d'Almeida probo viro D. Gaspare Pereira mensæ conscientiæ consiliario qui in Pontificio iure Innocentium, in Cæsareo Papinianum refert, & D. Francisco de

Brito & Meneses Iurisconsultissimo & integerrimo, sententiam protulerunt in fauorem Comitis de Monsanto, quia senior in pari gradu erat, exclusa linearum consideratione, & belli in acie occubitu, validissimis fundamentis roborato. Cui sententiæ cum postea oblata fuissent impedimenta, & obijsset D. Ferdinandus Aries, & in eius locum illud onus iudicandi subijssem, sententiam protulimus quod impedimentis non erat locus, quia cum impedimenta merita causæ inuoluerent, & materiam iam decisam, non erant admissibilia, ex Ordin. lib. 3. titul. 87. §. 1. quæ talia impedimenta repellit.

SVMMARIA.

1 *AD surreptionem probãdam quid requiratur. Explicatur Ord. lib. 2. titul. 43. ibi.*
Surreptio an sufficiat vt talis sit quod moueat concedentem, vel ad concedendum, vel ad negandũ, ibi.
Valasci opinio quod in hoc regno talis debet esse causa quæ in totum amoueat. ibi.

2 *Falsitas rescripti duobus modis consideratur.*
Mendax præcator vel per malitiã, vel ignorantiam falsum exprimit. ibi.
Quando per malitiam etiã si princeps foret concessurus caret impetratis. ibi.
Interpretatio semper fit contra fraudulentum. ibi.
In rescriptis iustitiæ falsitas quæ respicit peremptoriam exceptionem non vitiat. ibi.
Secus si respicit dillatoriam. ibi.
Malitia præsumenda non est, sed debet apertè probari. ibi.

3 *Si committatur surreptio per ignorantiam valet impetratio.*
Ignorantia tamen debet esse iusta, & probabilis. ibi.
Si falsitas etiam per ignorantiam expressa sit, quæ sit causa concedendi vitiabit. ibi.
Ignorantia non excusat nisi in his quæ habent rationem pænæ non vero deffectus. ibi.

4 *Quod etiam procedit quando superior difficilior sit.*

5 *De iure communi nulla pæna imposita reperitur fraudulento impetratori nisi quod careat impetratis.*
De iure Regio quando falsitas exprimitur quæ fuit causa concedendi punitur impetrans. ibi.
Falsum dicens Principi delictum committit. ib.
Relinquitur iudicis arbitrio. ibi.
Adhoc vt dicatur mouisse non sufficit potentia, sed debent extare

con-

coniecturæ quod mouit. ibi. | *tionem qua per mendaciũ Princcps*
6 *Intellectus Ord. d. tit. 43. ibi,* não era verosimil. | *inducitur alias surreptiones relinquit in dispositione iuris communis. ibi.*
Alter intellectus illius Ord. ibi. | *Refertur Arestum senatus. ibi.*
Ord. Regia solũ punit illã surrep-

DECISIO LX.

An surreptio opposita quæ concludat concedentem non fore concessurũ verosimiliter si expressa non exprimerentur vitiet in hoc regno rescriptũ ad Ord. lib. 2. tit. 43.



Reliquit P. in suo testamento quandam proprietatẽ Gaspari Roiz, sub ea declaratione, quod si apud Indos decederet, tunc ei substituebat Ioannem: cumque hunc primo vocatum apud Indos obijsse diceretur, quidam eius consanguineus à Senatoribus sacri Pallatij, impetrauit bonorũ administrationem, iuxta Ord. lib 1. tit. 62 § 38 & tit. 87. § 1. Ioannes substitutus, qui in possessione bonorũ erat, impedimenta surreptionis opposuit.

1 Dubium erat, an ad probandam surreptionem rescripti, sufficeret de iure Regio talia probare, quæ si expressa essent, verosimiliter, Princeps rescriptum non concederet, facit rationem dubitandi Regia Ord. libr. 2. titul 43 in princip. dum statuit, quod talis debet esse surreptio, vt vitiet rescriptum, quod Princeps nullo modo concederet, patet ibi, *à qual verdade se senão calara, ou nos fora exprimida à falsidade, não era verosimil, auermos de conceder à tal prouisão*: quibus verbis statuit, nõ sufficere, vt talis sit surreptio, quæ moueat, sed quod talis esse debeat, quod in totum amoueat, vel in totum moueat, quem sensum sic præstitit Valasc. cons. 158. nu. 13 in fine. Contra ea quæ ipse alijs dixerit locis, vt in cons. 60. nu. 5. & 130. n. 8. Gama decis. 278. n. 19. Cabed. decis. 168. n. 6. & Arest. 24. 2. p.

2 Quare pro intelligentia noto quod circa causas, quæ in rescriptorum impetratione exprimuntur, duobus modis potest falsitas considerari, vel quando mendax præcator dolosè, & per malitiam falsum exprimit, vel verum tacet, vt á Principe obtineat rescriptum, priuilegium vel quid simile, vel quando per ignorantiam falsum expresit vel per simplicitatem. Primo casu caret impetratis, etiamsi Princeps aliàs foret concessurus, quia semper fit interprætatio, contra fraudulentum impetrantem, vt vbi primũ de fraude constat, statim censura iuris censeatur abesse intentio cõcedentis, etiamsi aliàs esset concessurus, Imol. in c. super literis de rescript. num. 5. fycul. 25. c. sedes de rescrip. c 2. de concess. præbend. libr. 6. Bart. & Ias. in l. præscriptione C. si contra ius, nu 2. & 22. Rebuff. ad leges gall. 2. tom. titul. de rescrip in præfatione nu. 168. licet in rescriptis iustitiæ falsitas, quæ respicit peremptoriam exceptionẽ parti competentem, non vitiet, vt per Fulgos. in d. l. præscriptione nu. 8. Paul. 3. cõmunem dicit Odofred. ibi, & Bald. nu. 4. secus si respiciat dillatoriam exceptionem, cap. inter monasterium de re iudic. cum similibus: quæ tamen malitia præsumenda non est, sed debet

apertè probari per eum qui illam allegat, l.quoties, vers. qui dolo.ff de probatio, Tiraq.de retract. tit.1.§.26. gloss.1. num.35. quia in dubio,præsumitur ignorantia, reg ignorantia lib. 6. reg stote de reg. iur. gloss. verbo priori,recepta ex Abbate in dict. cap. super literis n.7.Felin.5.Bero.1.lectur. num.37. Paris cons.4. num.30.libr.4. Peres ad Rubr titul 12. libr.3.ordina. quæst. 34. quod tam procedit in rescriptis iustitiæ,quam gratiæ,Rota 4. de rescript.in fin.

3 Si vero per ignorantiam, surreptio commissa fuerit,valet impetratio, quando surreptio non fuit causa concessionis,& concedens aliàs foret concessurus, Bero.in d c super literis 1.lectur.n.38. cōmunis in c. si motu proprio de præbend in 6.Cou.1.resol. c.20.nu.1.d.Rota 4.aliàs 582. in antiquis n.7.quæ simplicitas, & ignorantia, illa esse debet, quæ probabilis, & iusta est, quæ aliàs attento iure excusat,non vero iniusta culpabilis, & affectata, quæ æquipollet scientiæ, de qua in c. cum inhibitio de clandest. desponf § 1.& in c.eos de tempor.ordinand lib.6.nec crassa & suppina, l nec suppina.ff de iuris & fact. Selua.de benefi. 3.p. q.12.n.29.Menoc.cas.201 nu. 83. Vnde fit quod si talis falsitas expressa sit,vel veritas suppressa, per ignorantium,quod ea cessante,Princeps non concederet,ita vt expressio fuerit causa concedendi,rescriptum vel gratia non valebit, Doctores in c. gratia de rescript lib 6.Soares allegat 12 nu. 31.& allegat.vlt.in fin.Rebuff in praxi titulo differentia inter rescripta n.8. & 9. Peres in d. Rubr quæst. 9. Roland cons 72.libr.3.à num.72. Corras. de sacerdotio 4. part. cap.5. num 37. quia ignorantia non excusat, nisi in his,quæ habent rationem pænæ, non vero in his quæ habent rationem deffectus.

4 Quod quidem non solum obtinet, quando superior non esset omnino concessurus, verum,& quando difficilior redderetur ad concedendum, cap.postulasti de rescript. ibi de leui non scribimus, Doctores in cap. cæterum de rescript. nec aliud probat d cap super literis, ibi, *nullas prorsus literas dedissemus, quia debet exponi ita facile vel sine difficultate.*

5 Tandem quod licet de iure communi, nulla pæna imposita sit fraudulento impetratori,nisi quod careat impetratis, tamen de iure Regio, addita fuit pæna, quod quando falsitas expressa fuerit, quæ concedentem mouerit ad concedendum,tunc mendax præcator, vltra amissionem rescripti, incurrat pænam à dict lege Regia impositā, ob mendatium Principi dictum.in quo delictum incurritur contra Ordinationem lib.5. titul. 10. Caluaicanus in practic. de testibus part.4.num. 96. l.5. titul. 13. part. 2. iunctis his quæ Mascard. conclus. 531. nu.19.Surdus decis.165 nu.14. Zeuall. quæst.801.nu.4.

Ex quibus verus illius Ordin.lib 2. titul. 43. sensus est, quod ibi non inducit,quod vt surreptio vitiet,talis esse debet, quod concedentem omnino moueret ad concedendum, vt Valasc. existimauit, quia verius est, etiam de iure Regio vitiare, quando suppressū est illud,quod difficiliorem redderet, vel expressum,quod faciliorem,quod quidem viri boni arbitrio supponendum est, circa ea quæ verosimiliter mouissent superiorem, vnde non sufficiet rem esse dubiam,& quod veritas suppressa,vel falsitas expressa,mouere potuisset, quia similiter per contrarium,potuisset non mouere,& ita non sufficit potentia sed oportet adesse,pro ea parte circunstantias, & coniecturas tales, quæ illā magis probabilem reddant, ita vt actu verosimiliter mouissent, licet Doctores passim ad solam mouendi potentiam attendant.

6 Nec

6 Nec aliud probat d. Ordin. ibi, *não era verosimil*, quæ verba consonant, cum verbis dict. cap. super literis, ibi, *nullas prorsus literas dedissemus*, vnde sicut in illo tex. illa verba accipi debent, vt non dedisset literas, ita facile, sic pariter nostra Ordinatio debet interpretari, ibi, *era verosimil que não concederamos tão facilmente*, vt sic iuri communi consonet, alium intellectũ huic ordinationi præstitimus in nostra Armonia iuris Regij, quod hæc ordinatio non inducit, vt surreptio nulla vitiet, nisi quæ talis sit, quæ moueat ad concedendum, vel denegandum, sed illam tantum surreptionem dignam animaduersione seu pæna iudicauit, qua mendax precator, obtinuit illud quod princeps aliàs non concederet, & huic pænam imponit, & in hoc deuiat á iure communi, secundũ quod carebat impetratis tantum mendax precator, in suæ peruersitatis pænam, reliquas vero surreptiones, quæ mouerent, vel non, dispositioni iuris communis decidendas reliquit.

Huncque fuisse huius ordinationis sensum testatur antiqua sententia quę in libro Senatus continetur libr. 2. fol. 141. vers. Cuius verba sunt. *Sem de tal feito & proua que contra o R. auia fazer menção na petição que ao ditto senhor fez, & como se lho declarara não lhe concedera o ditto senhor os taes officios, assi facilmente como lhos concedeo, o que tudo visto com o mais que pollos autos se mostra denegão ao A. à aução, & declarão a carta de merce, que dos dittos officios lhe foi feita por nenhũa, & condenão ao A. nas custas do processo somente.* Ex quibus fundamentis patet hunc sensum quẽ legi Regiæ præstamus sic etiam antiquitati placuisse.

Sicque rescriptum iudicauimus surreptitium reuocata sententia prouisoris quia ea tacuit quæ Principem mouere possint. Scriba Freitas.

SVMMARIA.

1 *IVdex an possit debitori ad soluendum tempus à lege datũ limitare.*

Tempus à lege datum ex iusta causa limitari, & prorogari potest. ibi.

2 *Opinio Tiraq. & aliorum quod tempus à lege datum sit immutabile.*

Aliorum distinctio inter tempus datum ministerio legis vel hominis. ibi.

3 *Christophori Ioannis Præceptoris mei opinio.*

Tempus instantiæ & appellationis prosequendæ quomodo in hoc differant. ibi.

Tempus datum in fauorem publicum vel partium an fauorabilius sit. ibi.

4 *Olim certa erat partibus statuta temporis dillatio.*

Lege 12. tabularum triginta dies, postea extensum ad duos menses & per Iustinianum ad quatuor menses extenditur. ibi.

Explicata Ordin. lib. 4. titul. 86.

5 *De iure communi condemnatus actione reali statim compellebatur vt solueret.*

Secus si esset condemnatus personali. ibi.

6 *In legali dillatione non fit restrictio à delegato sed ab ordinario.*

Quando in sententia tempus expressum est exequtor non immutat. ibi.

Dillatio assignata est pars sententiæ. ibi.

7 *Quæ sit differentia inter prorogare & arctare.*

Facta restrictio sine causa ipso iure non valebit secus in prorogatione. ibi.

Prorogatio facta condemnato est præter legem, & ideo valet secus coarctatio.

Quæ præter legem fiunt indigent appellatione quia lex concedit dillationem in fauorem condemnati. ibi.

8 *Prorogatio non à iudicis arbitrio dependet, sed debet fieri ex iusta causa.*

Super rationabilitate causæ appellari potest. ibi.

9 *Vt valeat vel corruat ampliatio, vel restrictio debet attendi in cuius fauorem lex loquatur.*

Termini præfixio quando fiat in bonum publicum tunc prorogari non potest. ibi.

Intellige nisi fiat cum legitima causa. ibi.

Spatium circa noui operis nunciationem ex iusta causa protendi potest. ibi.

Explicatur Ordinat. libr. 3. titul. 70. ibi.

Tempus decendij non prorogatur nisi ex causa legitima.

Tempus decendij licet à partibus prorogari nequeat, quia in earum odium tamen à iudice prorogatur. ibi.

Tempus fatalium pacto prorogatur. ibi.

Exploditur sententia Abbatis in c. ex ratione.

Explicatur l. fin. §. fin. C. de tempor. appell.

10 *Iudex extra fatalia potest appellationem recipere ex causa legitima.*

Recepta appellatione extra fatalia ex causa non legitima oportet vt pars supplicet in processu. ibi.

11 *Explicatur l. ad peremptoriam ff. de iudic.*

Explicata Ord. libr. 5. titul. 126. ibi.

Tempus absenti citato per edictalia non arctatur à iudice. ibi.

Quando dillatio à iudice restringitur valet mero iure restrictio. ibi.

De iure Regio abreuiata dillatione à lege data statim supplicare licet à lege Regia non seruata.

Explicata Ordinat. libr. 4. titul. 13. §. 7.

DECI-

DECISIO LXI.

An dies concessi à lege illi in cuius bonis fit executio possint à iudice restringi, ad intellectum Ordin. lib. 4. titul. 13. §. 7. & libr. 5. titul. 126. & lib. 4. titul. 86.



CVm Antonius Ferreira Eborensis, esset cõdemnatus Emanueli Fernandez, fieretque in eius bonis executio, perfecta iam addictione iudex illi assignauit vnum diem vt debiti quantitatem deponeret, quem cum pecunia numerata post tertium diem venientem non admisit, pignusque victori tradidit, supplicatum est ad Senatum vbi sententia iudicis reuocata fuit, in cuius reuocationem illud dubium sese offerebat, an potuerit iudex parti ad soluendum in vnam tantum diem limitare, cũ tamen lex Regia condemnato, concedat vt intra octo dies, pignora sua redimere liceat, lib. 4. titul. 13 §. 7. aliàs res addicatur creditori, & talis addictio retractari nequeat prætextu læsionis intra dimidiam iusti pretij, Gama decis. 66. 95. & 233. Valasc. de partitio c. 39 nu. 36.

1 Et videbatur illud tempus à lege datum posse per iudicem restringi, & limitari, probat l. 2. ff. de re iudic. ibi, *qui pro tribunali cognoscit non semper tempus iudicati seruat, sed nonnunquam prorogat nonnunquam coarctat pro causæ qualitate.* l. debitoribus 31. ff. eod. l. 1. ff. de ferijs, l. vlt. C. de tempor. appell. cap. oblatæ 7. de appel. tex. in Clem quandiu eod. titul. pugnat tamen l. si quis ita ff. de hæred. instituen. l. properandũ, in fine principij. C. de iudicijs, d. cap. oblatæ in vers. licet, & cap. vlt. de ferijs ad fin. componit gloss. in cap. cum sit Romana de appella. dum resoluit tempus à lege datum, ex iusta, & rationabili causa à iudice restringi, & prorogari posse, exceptis casibus iure expressis, probat Abb. ibi nu. 10. Deci. 13. & in d. cap. oblatæ num 5 gloss. in auth. de exhibendis reis. §. sancimus col. 9. Bart in d. l. 2. de re iudic. num. 4. vbi Alex. num. 9. quem refert Ripa num. 14.

2 Aliter Tiraq. de retracta. libr. 1. gloss. 10. nu. 63. Peres ad leges Castellæ libr 3. titul 3. l. 1. ibi, *noue dias*, vers. quid erit, Ripa d. num. 14. Imol. Cuman & Ias. in d. l. 2. num. 22. simpliciter statuunt, tempus à lege præfixum esse immutabile, nisi quando aliter iudici concessum reperiatur, mediam alij sequuntur viam distinguentes, inter tempus à lege datum, absque vllo hominis ministerio, vel datum mediante ministerio iudicis vt priori casu terminus immutari nequeat, receptum dicit Zazius in dict. l. 2. num. 2. Bald. in auth. iubemus num. 9. C. de iudic. Paul in d. l. 2. nu 4. & Ias. 24. Ripa 14. quem tamen intellectum confutant Bart in d. l. 2. num 4. Abb. Alex. Deci. vbi supra contra Dynum in c. indultum, lib 6.

3 Cum Præceptor meus doctissimus & semper memorandus Christophorus Ioannes quæstionem moueret in explicatione cap. ex tenore de foro

comp. supradicta iura componebat, distinctione facta, inter tempus datum à lege in publicum fauorem, prout est tempus instantiæ, de quo in d.l properandum decendij ad appellandum, & tempus appellationis prosequendæ, de quo in auth ei qui appellat. C.de tempor appell. & in d.cap.oblatæ, vel in priuatam vtilitatem. prout est tempus datum ad exequendam sententiam dict l.2 ff.de re iudic. tempus ad dillationes & simile, l.1. ff. de ferijs, l. vlt.§.vlt.C.de tempor.appell. cap.vlt. de ferijs. Verum & hic vltimus intelligendi modus, eodem quo superiores laborat vitio, nam quantumcunque in partis fauorem, tempus à lege datũ sit, & non publicum in ciuile est arbitrari quod iudex possit parti adimere, vel minuere tempus, à lege sibi assignatum, cum iudex sit legis executor, vbi illa exprimit, non vero moderator.

4 Vnde in proposito illud noto, quod olim, certa erat temporis statuta dillatio, per legem condemnatis, & confessis vt soluerent. iure duodecim tabularum, triginta scilicet dierum, ex Gelio lib. 20. noctium atticar. cap. 1. col. pen. quem citat Cuiati. libr.3. obserua. cap. 39. quod legale tempus ad duos menses postea extensum fuit. vt in l.fin. §.fin. C de vsur. rei iudic. meminit l.vnica tit.18.lib.4. Codicis Theodos. quod postea Iustinianus ad quadrimestre protulit, quod & condemnatis etiam eius fideiussoribus cõcessit, l.2 & d l.fin.C.de vsur. rei iudic. licet Alciat. libr.1. Parergon. id non probari in d.l.2. contendat.

5 Vnde apparet quomodo lex Regia lib.4 titul.86. in fine principij, discedat à iure communi, dum nulla dillatione concessa iubet, vt condemnatus statim soluat, alias pignora capiantur, nam licet attento iure condemnatus actione reali, statim cogeretur, rem tradere, quia nõ erat ferendum, quod quis retineret rem alienã inuito domino, c. sæpe de restit. spol. nisi proposita iusta causa quia tunc ei concedebatur modica dillatio iudicis arbitrio §. etsi rem instit. de officio iudic. Boer.decis.45 num.3. Menoch. de arbitr. libr. 2. Cas.48. l.5. titul.27. part.3. tamen quando quis condemnatus erat personali, siue ad quantitatem siue ad rem, vna tantum non duplex currebat vsura centissima, contra eum durante legali dillatione, d.l. 2.C de vsur. rei iudic. Duaren in d.l.2. Cuiatius libr.3. obserua. cap.39. & illa quadrimestris dillatio concedebatur condemnato, de qua in d.l.2.& fin.C. de vsur. rei iudic.

6 Vnde circa legalis dillationis à lege concessæ prorogationem, vel restrictionem, illud menti tenendũ est, quod quando agimus de iudice, qui restringit vel ampliat, non de delegato intelligimus, sed de ordinario, patet ex d. l. 2. vbi agit de eo qui tribunali præest, quia delegatus non exequitur sententiã, cap.ex insinuatione de appell. Bart. in d.l 2.nu.1. Ripa 5. Deinde quod quando in sententia tempus expressum sit, nullatenus executor possit illud arctare, vel prorogare, quia est pars ipsius sententiæ, quæ exequitur, quia sententiam mutare non potest, nec ipse qui eam tulit, l. iudex posteaquam ff.de re iudic. nec aliud probat d.l.debitoribus 31.illo titul.quia procedit in dillatione assignata post latam sententiam, Ripa in d.l.2.nu.2.

7 Inter autem hæc duo prorogare, vel arctare, dillationem an eadem sit ratio dubitari solet, ex decisione l 4 § si quis condemnatus.ff.de re iud: vbi negatur restrictio, cum prorogatio concedatur, glos. explicat quod æquiparatur coarctatio, & prorogatio, si fiat cum causa, si autem sine ea differunt quia valet prorogatio, coarctatio vero minime, probat Alex. cons. 77. num.2, lib. 2. vnde facta coarctatione

sine

sine causa, talis restrictio ipso iure nõ valebit, & ea non obstante condemnatus fruetur, tempore legis, in prorogatione vero sine causa facta, aliter erit dicendum, quia valebit mero iure, & ad illius rescisionem oportebit appellare, probat Bart. in l.3. num. 7. ff. delegat. 1. vbi Alex num. 12. licet Ripa ibi num. 44. aliter sentiat cuius rei ratio esse potest, quia prorogatio est præter legem, dum condemnato longius tempus indulget, & ideo valet mero iure sine causa, secus vero coarctatio, quia sine ea corruit, quia intentioni legis repugnat, & quæ præter legem fiunt, tanquam valida, indigent appellatione, quia lex concedit dillationem, in fauorem condemnati, l. intra dies 7 ff. de re iudic. quod si obijciatur etiam per prorogationem præiudicari victori, cui non soluitur, satisfit quod illud venit tacite, & in cõsequentiam, & ideo non attenditur.

8 Illa tamen prorogatio non absolutè, à iudicis arbitrio dependet, sed debet cum iusta causa decerni, vt deducitur ex d. l. 2. vbi in duobus casibus ibi expressis restrictio admittitur, cum vrgenti causa, ex Inno. in cap. 1. de constitutio, Decio in cap. cum sit Romana de appell. num. 13. in fine, quæ causa debet examinari partibus auditis, vt per gloss. in d l. 2. verbo coarctari, Rebuff. 2. tom. ad leges gall. de dillatio. art. vlt. gloss. vnica num. 7. à cuius decreto super rationobilitate causæ appellari potest, quia factum vel mero iure valuit, vel si nulliter gestum, oportet vt per superiores reformetur iniquitas, cap. 1. de dillatio, Bart. in d. l. 2. num. 7. vbi Alex. nu. 16. Ias. 33. Ripa 27.

9 Ad validitatem autem vel nullitatem actus, ampliationis scilicet, vel restrictionis, attendi debet, an tempus à lege concessum in fauorem, vel odium alicuius, concessum sit principaliter, nam si in fauorem sit, veluti quando conceditur dillatio, condemnato, ad soluendum, tunc non valebit restrictio, sine iusta causa, quia repugnat menti legis, prorogatio vero mero iure valebit, ex d. l. 4. §. si quis condemnatus, idem è contra si terminus præfixus sit in odium partis, vt tali termino elapso, à iure suo cadat, tunc si tale tempus amplietur, non valebit, quia legis menti aduersatur, coarctatio vero valebit mero iure, quia ex mente legis procedit, cap. oblatis 57. de appell. licet vtrumque casum non differre teneat Capel. Tholos. q. 197.

9 Ex quibus infertur, quod si termini præfixio sit à lege in fauorem publicum, vt in l. properandum. C. de iudic. præfigitur terminus instantiæ, quia ille fauor publicus non differt, ab odio partium, & litium, quibus lex obuiare intendit, vtique ille terminus á iudice prorogari minime poterit, patet ex d. l. properandum, ibi, *non esse eis concedendum vlterius lites quam triennij spatio extendere*, & in d. cap. oblatæ de appell. ibi non valet prorogatio, si autem fiat restrictio temporis, ex iusta causa non inconuenit, quod valere possit, cum menti legis obsequatur patet ex supradictis iuribus, vbi solum prorogatio interdicitur, prosequitur Alex. ibi nu. 18. Decius in d. cap. cum sit Romana nu. 19. Illud tamen quod non valebit prorogatio, ita accipiendum est, si fiat sine legitima causa, quia adhuc ex causa legitima admittetur, prout si litigans ex facto aduersarij, & dolo ipsius non potuit, litem concludere, ex Alex. in d. l. 2. ff. de re iud. nu. 7 argum. l. intra vtile 40 ff. de minor. Curtius Iuni. num. 62. in d. l. properandum, & probat Ord. Regia libr. 1. titul. 68. §. fin. vbi instantiæ circa noui operis nuntiationem trium mensium spatium præfigitur in fauorem publicum, & tamen ex iusta causa protenditur, sic procedit Ord. libr. 3. titul. 70. in princ. vbi ad appellandũ decendio elapso,

elapso, quod bonum publicũ respicit, & prorogari nequit, ex Gama dec.217. D. Caldas Pereira de renouatione q.11. nu 9. Maranta de ordin. iudic. titul. de appell. n.240. Azeued. ad l.2. tit.18. lib. 4. n.4. Surd. decis.244. n.1. Paz in praxi 2. tom. p.5. c. vnico n.1. Tamen à iudice ex causa ligitima ampliatur, veluti quando appellans nesciuit sententiam latam, Ord d. titul.70 in fin. princ. ibi, *foi sebador*, & tit.79. §.1 & tit.69. §.4. & tit.84. vel si minor sit, & restitutionem petat Ord. lib.3 tit 74. §.5. & tit.84. §. 9. & tit.41 in princ & tit.44. §.9. Cabed. decis.42. n 4. Vnde licet illud tẽpus à partibus prorogari nequeat, quia in eorum odium limitatum est á lege, quia contra legis mentem fieret, tamẽ à iudice fieri potest (licet bono publico talis extensio repugnet) quãdo fiat ex legitima causa partibus auditis vt supradixi, sicut & restringi decendiũ posse dixit Purpura in d. cap. cum sit Romana num.13. vbi Feln. 4. Alex. in d. l.2. nu.6. Ripa 19. & valere mero iure etiam sine causa quia fit secundum mentem legis non contra illam, & requiri appellationẽ Capel. q.197. Circa vero fatalium tempus, an à partibus pacto prorogari valeat, dubitari potest, ex l. fin § fin. C. de tẽporib. appel. vbi valet pactum ne appelletur, & ne fatalia obseruentur, vt illum tex. accipit Bart. ibi Bald. & Salycet. & Feln. in cap. ex ratione de appella. nu.2. vbi Decius nu 9. & in d. cap. oblatæ, consonat Gama vbi supra, & quæ Zerola 1. part. verbo instantia, vers.7. Cabed. dec.41. Quare exploso intellectu Abbatis, & aliorũ in d. c. ex ratione, quem probat Butrius in c. venerabilis n. 50. de iudic. quod tex. non agat, de ampliatione termini, sed de suspensione fatalium, ne interim currant quia hic intellectus sustineri non potest, cum vtroque modo publicum bonũ offendatur, quia pariter terminus à lege datus protenditur. Ille tex. procedit quando partes inter se conueniunt, ne obseruentur fatalia, vt scilicet causa, alio modo dirimatur, veluti per arbitros, per quod pactum interim suspenduntur fatalia, quia sperat lex litem eo modo facilius dirimendam, aliás enim pactum ne fatalia currant, non valebit, Rolandus cons.18. num. 13. libr. 1. Bolognetus cons. 29. num. 44. Peres dict. libr.3. titul.3. in princ. Auendan. libr.1. prætor cap.6. num.3. Vantius de nullitat. titulo deffectu iuris ordin. nu.119. Maranta d. ord. iud. 1 part decis.5. à nu.5. Cassad. de appell. decis.9. num.9.

10 Vnde non prohibetur iudex etiam hoc casu appellationem extra fatalia recipere ex causa legitima, & iure approbata, adeo vt si appellationem recipiat, elapso semestri, quod ad prosequtionem à lege Regia assignatur, libr. 3. titul. 70. §. 3. oporteat vt pars aduersa in processu supplicationem interponat, vt coram superioribus talis receptio retractari valeat, ex Ordin. d. titul 70. §.8. & titul.84. §11. Gam. decis.300 sicque intelligi debent Gama d. dec.217. Cabed. dec.40. & 42. Caldas Pereira verb. implorãdũ, n.17.

11 Sic explicabis textum in l. ad peremptorium 68 ff. de iud dum probat, quod aduersus absentem non procedatur ad diffinitiuam, nisi præcedant tres citationes, & quælibet habeat terminum decem dierum, vt magis eius contumacia conuincatur, qui terminus cum sit in odium absentis prorogari â iudice non poterit, arctari vero poterit ex causa, quia secundum mentem legis fit, vnde cauté in Ordin lib 5. titul.126. in princip. dum absenti duo menses in edictali citatione assignantur, expressum est, ne illud tempus duorum mensium arctari posset, prout iam aresto senatus decisum dicit Cabed. arest.57. 1. part. aliàs enim posset iudex ex iusta causa restringere.

12 In

12 In dillationibus, autem à lege datis, quando à iudice restringuntur, videtur quod mero iure valet restrictio, ex cap.1. de dillatio, vbi breuiori termino assignato, ad comparendum requiritur appellatio, ex Bart. in d.l 2. nu.7. Felin. c. ecclesia de constitutio nu.23. de iure tamen Regio si dillatio breuior concedatur, quã à lege assignata sit, licet supplicare, quasi à lege non obseruata quæ quando tempus certum diffinit concedendũ, formam præscribit, quæ omitti non potest, sine cũ nullitate actus, l. Iulianus. §. si rẽ ff. ad exhibendum, nec ministerio iudicis vti vult, quando terminum declarat, sic procedit Ord. libr.3. titul.70. in princip. cum similibus sic explicabis Ord. lib.5. tit.126. in princ. vbi terminum assignat sub quo absentes citari debent.

Ex quibus cum in præsenti, à d.l. Regia libr.4. titul 13. §.7. in fauorem condemnati, vt pignora redimat illud tempus 8. dierum concessum proponatur, licet iudex illud limitando, ad vnum diem debeat pars appellare, à restrictione facta sine causa legitima, tamen cum de ea non constet recte reuocata fuit ipsius sententia, & iussũ vt supplicans legali termino frueretur, confirmata sententia Præsidis Eborensis. Scriba Chaues.

SVMMARIA.

1 *Condemnatus ex sententia an ex illa agere possit pro summa incidenter sibi adiudicata.*
Interpretat l. si constante §. quoties ff. solut. matrim. ibi.
Is in cuius fauorem lata est sententia an possit ab illa recedere. ibi.
Ea quæ à principio voluntatis sunt fiunt necessitatis. ibi.
A sententia parte inuita desisti nequit sicut ab ipsa lite. Ord. lib.3. titul.40. §.1.
Iuris iniqui impetratio retorquetur contra impetrantem. ibi.
2 *Sententiæ pro se latæ potest quis renuntiare.*
Ponderatur l. si iudex ff. de minor. ibi.
Consanguineus potest sententiæ retractus renuntiare. ibi.
Idem in redhibitoria. ibi.
3 *Ex sententia communi an vtrique parti pateat executio.*
Ille contra quem fertur sententia non potest ex illa agere implorato iudicis officio nobili. ibi.
Verba sententiæ in fauorem victi non sunt directa, sed conditionalia quæ executionem non habent. ibi.
4 *Actio in factum ex tali sententia quomodo detur.*
Ponderatur doctrina Bart. in l.1. §. edenda. ff. de edendo. ibi.
Potest pars cogi vt edat sententiã alias maneat sine effectu. ibi.

DECI.

DECISIO LXII.

An ex sententia contra se lata reus agere possit contra actorem via executiua in ea parte sententiæ quæ Reo prodest, ad Ord. lib. tit. 25. & 86.



EGerat Illustrissimus Comes da Castanheira contra antiquã Comitissam vt sibi dimitteret certa prædia, quæ iniuste detinebat, Comitissa vero excipiebat quod illi erãt dicta prædia cõcessa, quousque Actor tria millia aureorũ solueret, sententia prolata fuit in fauorem Actoris, ea tamen declaratione, vt ipse prius d. tres mille aureos Comitissæ exolueret, lata sententia siluit Actor, nec executionem postulabat, Rea ne in statu dubio esset, ex eadem sententia via executia agens, Comitẽ notificari fecit, vt tres mille aureos exolueret, petita in eius bonis executione pro d. summa, Comitem exequendum pronuntiauit iudex.

1 Causa delata ad Senatũ ad eosdẽ iudices, qui fuerant in prima sententia, mihi loco vnius ex iudicibus dicendi facultas facta fuit, & dicebam non sine dubio esse, an posset Rea ex eadem sententia Actorem exequi pro d. summa trium mille aureorum, & posse videtur probari ex tex. ad id notabili, in l. si constante § quoties ff. solut. matrimon. ibi, *nec ferenda est mulier si dicat magis se velle dilationem pati quam in repræsentatione deductionem*, per quem tex. Bald. ibi in gloss. nec ferenda, docet quod is in cuius fauorem lata est sententia, non potest ab ea recedere, nec habet locum pænitentia, idem voluit Angel. Imol. Roma. Paul. & Alex. ibi, & per illam sententiam posse exequi dicit Bero. decis. 48 n. 2. Cuius rei efficax argumentũ est quod quasi contractus in iudicio initus, ex l. 3. § idem scribit ff. de pecul. efficit vt ea quæ à principio voluntatis sunt, secuta causa fiant necessitatis, l. sicut C. de actio & obligatio, vnde cũ sententia illud ius, inter litigantes constituat, vt vnus rem accipiat, alter pecuniam reddat, ex vtraque parte debet esse æqualis, & respectu vtriusq; membri suam habere executionem paratam, per regulam correlatiuorum de qua in l. vlt. C. de indict. viduit. & in cap. vltim. ne clerici vel monach. Tiraq. de retract. lignagi. gloss. 9. § 1. num. 170. In cuius rei argumentum faciunt multa, quæ citat idem Bero d. decis. 48. quod non liceat iam à sententia desistere in fraudem alterius collitigantis, sicut etiam ab ipsa lite parte in vita desisti non potest, auth. qui semel. C. quomodo & quando iudex, l. destitisse ff. de iudic. Ordin. libr. 3. titul. 40. § 1. sicut alias impetratio iuris iniqui contra alium retorquetur contra impetrantem. l. 3. C. quod quisque iuris, Valasc. cons. 25. num. 11 & seqq. Ordin. libr. 3. titul. 38. Tiraq. de retract. gloss. 13. § 1. nu. 6.

2 Et pro hac parte iudicatum refert Bero. d. decis. 48. in fine, verum obstat fortiter Iuliani responsum in l. si iudex ff. de minor. vbi sententiæ in proprium fauorem latæ, licet renuntiare, ibi, *si iudex circumuento adolescenti*

lescenti iussit, fundum restitui, eumque precium emptori reddere, & hic nolit vti hac in integrum restitutione, pænitentia acta exceptionem vtilem aduersus petentem precium quasi ex causa iudicati, adolescens habere poterit quia vnicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt: nec difficultatem tollit intellectus Bald. ad illum tex. in d.§.quoties quod procedat iure speciali, quia tex.in sua decisione, non ex speciali minoris priuilegio mouetur, sed ex generali regula,ibi, *quia vnicuique licet,&c.* in retractu prosequitur Tiraq. de retractu lignag. ad finem tituli, nu.24. vbi resoluit consanguineum, cui ius retractus competit, posse sententiæ renuntiare, sicut in redhibitoria dixit gloss. in l.illud §.1.ff de edilit. edict. gloss 2. in l.13 tit.22. part 3. Bart. in l Plautius ff.de condit.& demonstra. nu.1. prope finem Aretin.in l.pro hærsde §.Papinianus ff de acq.hæred Alex.cons.36. col.vlt.lib.4.Tiraq.vbi supra nu.28.

3 Vnde in hac quæstione,de duobus controuerti potest: primo,an ex sententia communi pateat executio respectu victi, pro pretio sibi soluendo: secundo, an saltem per actionem in factum audiri possit. Primo casu qui est nostræ disputationis, citra dubium videtur, quod nullo modo potuerit Cometissa ex illa sententia executiuè agere, implorando iudicis officium nobile, l.1. & 4 §.ex conuentione ff de re iudic. prout imploratur quando proceditur summariè, assignato termino ad soluendum, Bart. in l.iubere cauere nu 3 ff de iurisd omn. iudic. & in l creditores.C. de pignor. Specul.in titulo de senten.executio §. breuiter num.1. Collerus de processu executiuo 3.part. cap.2. num 3. quia vltra quod victor potuit renuntiare iuri sibi quæsito ex sententia, ex reg. dict. l.si iudex adhuc respectu Cometissæ ,non dantur in sententia verba diffinitiua, sed conditionalia ; vt ipsa non teneatur rem dimittere, quousq; illud pretium soluatur,& non sequitur non tenetur quis rem tradere, nisi soluatur certa quantitas, ergo agere potest, ex eodem contractu, vt soluatur, sicut aliàs qui promisit non alij vendere, non potest compelli vt præcisè vendat, quia intelligitur si vellit, gloss in l eum qui,§. qui iniuriarum ff si quis cautio,Doctores in l qui Romæ § cohæredes ff.de verbor. obligat. Bero. vbi supra num.24. atque ex his neutiquam executiuè agi potest, ex instrumento non directo, quod verbis & sensu obliquo versatur, & secundario victi personam considerat, quæ tanquam non legitima recte a limine iudicij repelli potest, ex Bart. in Extrauag ad reprimendum verbo figura numer 4. Bald. in l.3. § ibidem num.2. ff. ad exhibend. Antonius de Canario de executio.instrum. quæst. 15. Maranta de ordin. iudic. 4. part. vltim.destin. princip. n 16. Collerus part. 2. cap.2. num. 61. & in proprijs terminis iudicatum refert in Senatu Sabaudiæ Faber. in suo Codice libr 7. titul.20 diffinitione 54.

4 In secundo autem casu nasci ex illa sententia,ad pretium actionem in factum dixit. Bald. in l.si prædium col.2. vers sed pone.ff.de ædilit.actio. quod si in ædilitia actione lata sit sententia, ad commodum emptoris, qua condemnatus est, venditor rem recipere, & reddere pretium, ex ista sententia nascitur venditori actio in factum, si emptor nolit vti sententia, ponderat Tiraquell ad finem d tituli, num.25. & succedit doctrina Bartoli in l 1. §. edenda ff de edendo, vbi docet quod quando victor sententiam non exequitur, forte timens ne impedimenta offerantur, quod licet non possit cogi vt sententiam edat, vt illa impediatur tamen potest pronuntiari vt quando illa sententia appareat,suo careat effectu,& pari ratione

videtur posse tempus assignari, vt sententia exequatur, vt illo transacto maneat eneruata ne amplius exequi possit, quod videtur suaderi ex d. l. si iudex, dum probat posse minorem sententiæ pro se latæ renuntiare, quod supponit, partem aduersam instasse vt sententiam statim exequeretur, ne cogeretur esse in statu dubio, & textus decidit posse renuntiare iuri suo, atque ideo videtur recte posse compelli per actionem in factum vt declaret an velit sententia vti.

Atque ex his censuimus d. Comitissam executiuè agere non posse, & petere sententiæ executionem contra se latæ, non negauimus tamen vt per actionem in factum agere posset vt prætium solueret vel sententiæ renuntiasse dicatur reuocata iudicis sententia.

SVMMARIA.

1 *Possessor rei hypothecatæ conuenitur etiam nō excusso principali.*

2 *Annui reditus venditi ex fundo cum hypotheca inducunt onus reale.*

Collectæ pensiones emphyteuticæ, & beneficiorum petuntur à quocunque possessore. ibi.

3 *Sine dubio procedit in tributis Principi debitis.*

Inter priuilegia fisci est, vt pensiones exigat à quocunque possessore. ibi.

4 *Secus est in partitionibus priuatorum.*

In causis alimentorum contrahitur tacita hypotheca. ibi.

Reditus debiti ex pacto personali cui accedit hypotheca non petuntur à tertio possessore. ibi.

Cum Principe ex solo contractu annui reditus sine hypotheca agitur contra tertios.

Inter priuatos tunc cum adiungitur ipsius fundi hypotheca. ibi.

Qui promittit annuam pensionem cum rei hypotheca intendit censum constituere. ibi.

Interpratat l. si creditor §. fin ff. de distract. pignor. ibi.

5 *Reditus ex fundo sic hypothecato à promissore constituunt ius reale.*

Census obligatio decennio præscribitur. ibi.

Hac præscriptio intelligitur quoad executionis modum. ibi.

6 *Si tertius habet causam à malæ fidei venditore nō præscribit tempore ordinario.*

Interpratata auth. malæ fidei C. de præscriptio longi tempor.

Si

Si quartus sit emptor vel vlterior à malæ fidei possessore cessat prohibitio. ibi.

7 *Præscriptio interrumpitur naturaliter & ciuiliter.*

Præscriptio 30. vel 40. annorum sola citatione interrumpitur.ibi.

Præscriptio longi temporis requirit contestationem.ibi.

Quæ sit differentiæ ratio.

8 *Qui sint interruptionis vtriusque effectus.*

Data naturali interruptione recuperata possessione de nouo incipit præscriptio.ibi.

Vbi contestatione interrumpitur etiam si ordinaria esset præscriptio spatium 40. annorum expectatur. ibi.

9 *Fallit si dolose lis mota sit vt perpetuaretur actio.*

Ius executionis quomodo præscribatur. ibi.

DECISIO LXIII.

An census obligatio extinguatur longo tempore, ad Ordination. libr. 4. titul. 3. §. 1.



1 CVm Emanuel Mendez emisset à Vasqueanes censum constitutũ super quadam proprietate, idem Vasqueanes eandem proprietatem censui supposi-tam vt liberam, & allodialem Georgio Manso vendidit. Cumque cessasset in solutione reditus annui, emptor contra tertium rei censuariæ possessorem egit, pro decursis reditibus: qui opposuit se titulo, & bona fide rem illam per 13. annorum spatium possedisse, vt liberam omni reali onere, Actor replicabat sibi non nocere longi temporis præscriptionẽ, quia Reus habebat authorem malæ fidei, & quod talis præscriptio fuerat per citationem interrupta, iudex pro Reo absolutoriam protulerat sententiam, qui pariter negabat rem esse censuariam, licet hypothecata foret pro securitate reditus promissi, quæ rei hypotheca non permittebat conueniri possessorem, principali debitore non excusso, ex Ordination. libro quarto, titul.3. in princip. auth. hoc si debitor Codic. de pignor. l. 14. titul. 13. part. 5. vbi gloss. 5. Menchaca Illustrium capit. 60. numer. 4. Gutierr. in l.nemo potest numer.29. Mastrillo decis.109.Gama decis.99 & 319. num. 3. Ricius collectan. 27. part. 1. D. Caldas Pereira de emption. capit 33. numer. 12 Pro discussione causæ sequentia dubia proponebantur primo an venditione redituum cum hypotheca censualis fieret contractus: secundum, an illa census obligatio decennio á tertio possessore præscribatur vel indigeat tẽpore longissimo, & an ex citatione ad causam legitima in-

tercesserit interrupto præscriptionis.

2 Circa primum dicebam quod si priuatæ personæ promittatur annuus reditus ex certo fundo, & ipse fundus hypothecatur, solutioni tunc ratione illius hypothecæ à quolibet possessore poterunt pensiones exigi, etiam præteritorum annorum per hypothecariam, quia censetur ius reale census constitutum, vt in Extrauag. 1. & 2. de emptione inter communes, & ita habet communis vt per Valasc. de iure emphyt quæst. 32. n. 13. Alciat. respons. 3. Couar. libr. 3. resol. cap. 7. num. 6. sic limitata regula l. fin § fin. ff. de contrah. emptio. Atque ex hac ratione collectæ, & pensiones emphyteuticæ beneficiorumque pensiones, á quouis possessore exiguntur quia in illis tacita datur hypothecata, ex Neguſan. de pignor. 2. part. membr. 4. num. 123. Valasc. dict quæst. 32. nu. 21. Guido quæst. 302. & 566. Franciscus Marcus quæst. 325. num. 4. Cassan in consuetud. Burgund rubr. 11. § 6. num. 2. & 16.

3 Quæ quidem communis opinio, sine dubio procedit in tributis vel pensionibus, Principi promissis, vt habetur in l. Imperatores ff de publican. l inter debitorem 43 ff. de pact. 13. in fin. ff. de censib. l. 2. C. sine censu vel reliq. ex speciali fisci priuilegio, vt præteritas pensiones à quolibet possessore exigere valeat, gloss. fin. in dict. l. fin § fin ff de contrah emptione, sequuntur citati à Tiraquell libr. 1. retract. § 6. gloss 1. num 7 Ripa in l. 1. §. si hæres num. 15. ff ad Trebell. Pinel. in l. 1. Cod de bon. mater. 2. part num. 72. limit. 3. quia Princeps cum quo contrahitur, potuit illud inducere abrogando communis legis vinculum.

4 At vero in conuentionibus priuatorum, vbi illa potestas non datur, vel tacita vel expressa, hypotheca cõsideretur, nunquam contra tertios rerum possessores, actio competet pro præteritis pensionibus, quia per hypothecam rei quæ accessoria est, non immutatur natura primæ obligationis, imò pacto personali manente in sua natura, accedit (excepta causa alimentorum in qua ex tacita hypotheca ius reale resultat l. 2. ff. de alim & cibar.) ex qua contra tertios agi non potest, nisi principali excusso, Ordinat. libr. 4. titul. 3. auth. hoc si debitor Cod de pignor. quare non recte communis per hypothecariam, hos reditus posse peti arbitratur, cum magis consonet iuri vt pro pensionibus beneficiorum, & tributis contra tertios agi posit, quia ius reale constituunt, per se consideratum in rebus ipsis, quod cognoscitur per illas annuas præstationes, pro quibus non personæ sed ipsa prædia conueniantur, D. pater meus de extinctione cap. 3. numer. 23. ad instar cuiusdam seruitutis realis, prædio inhærentis, §æque si agat institutis de actio. l eorum ff. de damno infect. l. hactenus 8. ff de vsufruct. l. 2. Cod de aluuio. l rescripto § sciendum. ff. de muner Clem 1. de censibus, quod ius reale vocat Cyn. seruitutem innominatam in rubr. Cod. de vsufruct. Guido decis. 432. & quasi pars fundi Tiraq. libr. 1. retract. § 6. gloss. 1. numer. 7. & § 32 gloss 1. ex numer. 79. Valasc. dict. quæst 32. num. 13. licet sibi contrarius aliter censeat quæst. 17. numer. 20. nisi dicamus in his pensionibus considerari quod ratione alimentorum constituuntur in quibus ius reale datur ex dict. l. 2. Couar. in cap. Raynutius § 10. num. 8. quanuis nihil esse speciale in alimentis contendat Neguſan. de pignor. 4. membr. 2. part. num. 164.

Vnde duobus modis hoc ius reale constituitur: primo, si cum Principe cõtrahitur, ex sola promissione annui reditus etiam sine vlla hypotheca, sic pro-

sic procedit l. imperatores. ff. de publica.l.moschis ff.de iure fisci cũ alijs. Secundo in priuatis pactionibus,quãdo annuus reditus promittitur,ex aliquo fundo,& adiungitur ipsius fundi hypotheca qua ius reale census resultat,si non ex natura actus, quia nihil aliud importat quam obligationem personalem cum hypotheca, tamen ex mente contrahentium, onus reale inducitur, quia illi qui censum constituere volunt, non aliter se explicant, quam promittendo reditus annuos, cum hypotheca rei, de iure enim est vt ex pacto sua natura personali, aliquando constituatur ius reale, l.si creditor §.fin. ff. de distract. pignor.sentit Couar dict.cap 7.num. 6. Alciat.dict.respons.3. Paulus cons. 333. libr.1. conducunt quæ Gama decis.13.& 145. Felician. de censib.libr.1. cap. 10. numer.3. Garcia de expens. cap.4. numer.42. Gutierr. practicar. libr.2. quæst.167. numer.4. Molin de contractib.disputat.383.§.ex his, idem Valasc.de iure emphyt.quæst.4. num. 7.& d.quæst.32.nu.23.in fin. & quæst. 17.num.17.

5 Ex quibus patet, pro his pensionibus, sic promissis, ex hæreditate pro illis hypotheccata, ex mente contrahentium,ius reale constitui, quod ad quoscunque transit possessores, & succedit secundi dubij resolutio, an census obligationi decennio inter præsentes præscribatur, á tertio possessore cum titulo & boná fide: in qua quæstione resolutiué dicendum quod si standum est legibus Castellæ, prout est lex 63. Tauri, quæ hodie est l.6 titul.15. libr.4. nouæ collectio, & l.35.libr.3. titul 4. ibi, *o por ser passados los diez annos*: iuri executionis per decennium præscribitur, idest præscribuntur fructus debiti decennio,& ne pro illis executiuè procedi posit, explicat Parlador. quotidian. capit.1. §.16. numer. 41. eum citans Gutierr. practicar. libr.1. quæst. 90. numer. 2. quod in effectu non est præscribere fructus, sed potius executionis modum, ne scilicet executiuè petantur, sed ordinariè, verum de hoc non agimus, quidquid apud Hispanos sit, sed de præscribendo ipso iure census,& hypothecæ,quod decennio præscribi docet, l. 1. & 2. Cod. si aduersus creditorem, consonat l. 39. titul. 13. part. 5. & l. 27. titul. 29. part. 3. Balbus de præscript. 4. part. quartæ principal.quæst.5. & quæst.7. num.4. Mencha. libr. 2. illustrium cap. 60. Parlador. vbi supra §. 12. numer. 41. & §.13.numer.44.Gomez 2.tom.cap. 11.numer.45. Boer. decis.336. per tot. licet Azeued. in l.9. titul. 15. libr. 4. recopilat. aliter sentiat contra quem insurgit Gutierr. dict. quæst.90 num. 4. Olanus in concordantia iuris lit. F. num. 27. fol. 138. Salazar de consuetudin. cap.11. num.50. & 52.

6 Verum rem adhuc non satis apperit Gutierrez, nec illius opinio indistinctè sumpta quod á tertio possore,cũ titul.& bona fide census obligatio præscribatur vera est, nã si tertius ille causam habet á venditore census, qui sciens rem censualem, nihilominus eam vt liberam vendidit, ignorante emptore, adhuc præscriptio decennalis non sufficit,ex tex.ad id expresso in auth. malæ fidei C. de præscript. long. tempor. vbi scientia illius contra quem præscribitur attenditur,ibi, *Si verus dominus ignoret, suum ius & alienationem factam, spectatur ergo triginta annorum defensio*: explicat late Pinel. in auth. nisi C. de bon. mater. à num. 8. Vnde fit quod si censuaria terra vendatur tertio, qui bona fide emerit ignorante vero dominó census, nullo modo is tertius ordinario tempore præscribet, vt videtur indistinctè sentire Gutierr. vbi sup. Si vero quartus emptor sit,qui nõ immediatè posideat à malæ fidei venditore, sed

DECISIO LXIIII.

An audiri debeat mulier agens pro dote sibi promissa, quando vna ex rebus dotatis alienata fuit, patre eius tanquam fideiussore intercedente cuius ipsa modo hæres est, ad Ordin. lib. 4. titul. 48. & 51.



Vm P. & eius vxor Violante Vaz dotem in quadam domo Beatrici Diaz constituissent, postea eandem domũ ipse dotans alij vendidit, dato in fideiussorem patre ipsius dotatæ, cuius dotata postea hæres extitit: cumque vellet domũ sibi promissam in dotẽ vindicare, obiectũ illi fuit, quod actione carebat, eo quod eius pater fuerat illius venditionis fideiussor, qui cum conueniri posset pro implemento venditionis, sic pariter Actrix eius filia audiri non poterat, quæ patris personam repræsentabat, iudex sententiam protulit, in fauorem Reæ exclusa petitrice, cuius sententiam reuocandam Senatus censuit.

1 Pro sententia iudicis illud vrgebat, quod emptor potest repellere hæredem venditoris, rem venditam vindicantem, opposita exceptione doli, l. Seia 73 ff. de euictio, ibi Paulus respondit iure quidem proprio non hæreditario, Semproniam quæ Seiæ de qua quæritur, hæres extitit, controuersiam fundorum, facere posse, sed euictis prædijs eandem Semproniam hæredem Seiæ conueniri posse, vel exceptione doli mali submoneri posse, & succedit reg. l. cum à matre C. de rei vindic. Pinel. in l 1. 3. part de bonis mater. à num. 80. & sequentibus, vnde sicut fideiussor si viueret, rem illam pro qua fideiusit, euincere nõ posset, nec pro ea litem mouere, quia repelli posset ab agendo quia eum tenebat actio de euictione, sic pariter eius hæres repelli potest, qui si vere non consensit alienationi, tamen ficte videtur consensisse, cum repræsentet defunctum. l. si ab eo C. de liber. caus. prosequitur Barbosa ad l. Lucius. ff. solut matrimon. à num. 24. in fine, & succedit reg. l. 3. C. de rebus alien. vbi hæres venditoris rem à defuncto alienatam vindicare non potest ab emptore, etiamsi proprio nitatur iure, l. siue possessio C. de euictio, quod quidem in hærede fideiussoris procedit, ne etiam ex propria persona, & iure aliunde quæsito admitti valeat, ad vindicandam rem de consensu defuncti, alienatã & pro qua ipse fideiusit, ne factum illius oppugnare videatur quod ius non patitur.

2 Verum pro contraria parte adest tex. expressus in l. fin. Cod. de euictio, vbi cauetur hæredem fideiussoris, rerum pro quibus defunctus apud emptorem intercesserat, pro venditore non impediri dominium vindicare, atque ideo necessario sententia iudicis erat reuocanda, dum agentem hæredem fideiussoris repellit explicat Barbosa vbi supra nu. 26. vers. ex qua, Surdus cons. 114. num. 24. lib. 1. Cuiat. ad Paulũ lib. 3. quæstionũ, ad l.

ad l. rem. ff. pign act. Gama decis. 319. numer. 2. Pinel. vbi supra numer. 83. 6. limitatione ex quorum dictis illud receptius videtur, differentiam esse, constituendam inter hæredem venditoris, & hæredem fideiussoris, primus namque representat defunctum, in eadem obligatione qua defunctus tenebatur, rem venditam tradere dominiumque illius transferre, gloss. recepta in §. item precium instit. de emptione, verbo tradatur, quando scilicet habeat facultatem rei tradendæ, nec liberari soluendo interesse, Bart. in l. stipulationes num. 39. ff de verbor obligat. receptus ex Alex. ibi num. 30. Ias. 35. Angel. & Aretin. in §. actionum num. 14. instit. de actio. vbi idem Ias. num. 147. plura Pinel. in l. 1. C. de bonis mater. 3. part. numer. 25. Vnde fit quod nec hæreditario iure, nec proprio ex propria persona vel causa extrinseca sibi aueniente posit rem à defuncto distractam vindicare, d. l. 3. C. de rebus alien. quia vtroque modo factum defuncti infringit, l. 2. § ex his. ff. de verbor. obligat. At vero in hærede fideiussoris est diuersa ratio, nam cum fideiussor nullum factũ promittat, sed simpliciter consensum venditioni adhibeat, solumque ad securitatem rei venditæ adhibeatur, vt de euictione teneri posit, quando res non sit tradita, vel euicta, vt dixit Socin cons. 52. libr 4. num. 11. Alciat. respons 556. Planutius de Inuentario 7. part. num. 251. & probatur in d l. fin. vbi supponit fideiussorem de euictione teneri. Ideo fideiussoris hæres satisfacit, si factum defuncti adimpleat, eo modo quo ipse promisit, tradendo rei valorem, vel interesse, vnde fit quod licet hæreditario iure, in quo defunctum repræsentat, rem vindicare nequeat, tamen quando iure proprio agit, non impeditur, quia potest rem habere iure particulari, seu singulari, & tanquam hæres fideiussoris rei interesse exoluere, ne in duriorem causam quam defunctus maneat obligatus, sic ampliata regula l græce § illud ff de fideiuss.

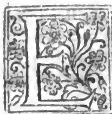
3 Et licet ex supradictis videretur quod adhuc hæres fideiussoris tenebatur ad interesse ex persona defuncti tamen in nostro casu citra dubium veniebat Actrix admittenda, quia proponebatur venditionem fuisse nullam quia facta fuerat ab vxorato sine vxoris consensu, contra prohibitionem Ordin. lib. 4. titul. 48. ex quo fideiussoria obligatio corruebat ex d. Ord. § 1. ibi, *posto que para firmeza da venda, ou alheamento de fiadores, ou penhores, ou prometa algũa pena todo será nenhum, & de nenhum vigor.* Atque ex his sententiam reuocauimus. Scriba Georgio Fernandez.



SVM-

DECISIO LXII.

An ex sententia contra se lata reus agere possit contra actorem via executiua in ea parte sententiæ quæ Reo prodest, ad Ord. lib. tit. 25. & 86.



Egerat Illustrissimus Comes da Castanheira contra antiquã Comitissam vt sibi dimitteret certa prædia, quæ iniuste detinebat, Comitissa vero excipiebat quod illi erãt dicta prædia cõcessa, quousque Actor tria millia aureorũ solueret, sententia prolata fuit in fauorem Actoris, ea tamen declaratione, vt ipse prius d. tres mille aureos Comitissæ exolueret, lata sententia siluit Actor, nec executionem postulabat, Rea ne in statu dubio esset, ex eadem sententia via executia agens, Comitẽ notificari fecit, vt tres mille aureos exolueret, petita in eius bonis executione pro d. summa, Comitem exequendum pronuntiauit iudex.

1 Causa delata ad Senatũ ad eosdẽ iudices, qui fuerant in prima sententia, mihi loco vnius ex iudicibus dicendi facultas facta fuit, & dicebam non sine dubio esse, an posset Rea ex eadem sententia Actorem exequi pro d. summa trium mille aureorum, & posse videtur probari ex tex, ad id notabili, in l. si constante § quoties. ff. solut. matrimon. ibi, *nec ferenda est mulier si dicat magis se velle dilationem pati quam in repræsentatione deductionem*, per quem tex. Bald. ibi in gloss. nec ferenda, docet quod is in cuius fauorem lata est sententia, non potest ab ea recedere, nec habet locum pænitentia, idem voluit Angel. Imol. Roma. Paul. & Alex. ibi, & per illam sententiam posse exequi dicit Bero. decis. 48. n. 2. Cuius rei efficax argumentũ est quod quasi contractus in iudicio initus, ex l. 3. § idem scribit ff. de pecul. efficit vt ea quæ à principio voluntatis sunt, secuta causa fiant necessitatis, l. sicut C. de actio & obligatio, vnde cũ sententia illud ius, inter litigantes constituat, vt vnus rem accipiat, alter pecuniam reddat, ex vtraque parte debet esse æqualis, & respectu vtriusq; membri suam habere executionem paratam, per regulam correlatiuorum de qua in l. vlt. C. de indict. viduit. & in cap. vltim. ne clerici vel monach. Tiraq. de retract. lignagi. gloss. 9. § 1. num. 170. In cuius rei argumentum faciunt multa, quæ citat idem Bero d. decis. 48. quod non liceat iam à sententia desistere in fraudem alterius collitigantis, sicut etiam ab ipsa lite parte in vita desisti non potest, auth. qui semel. C. quomodo & quando iudex, l. destitisse ff. de iudic. Ordin. libr. 3. titul. 40. § 1. sicut alias impetratio iuris iniqui contra alium retorquetur contra impetrantem. l. 3. C. quod quisque iuris, Valasc. cons. 25. num. 11 & seqq. Ordin. libr. 3. titul. 38. Tiraq. de retract. gloss. 13. § 1. nu. 6.

2 Et pro hac parte iudicatum refert Boer. d. decis. 48. in fine, verum obstat fortiter Iuliani responsum in l. si iudex ff. de minor. vbi sententiæ in proprium fauorem latæ, licet renuntiare, ibi, *si iudex circumuento adolescenti*

lescenti iussit, fundum restitui, eumque precium emptori reddere, & hic nolit vti hac in integrum restitutione, pænitentia acta exceptionem vtilem aduersus petentem precium quasi ex causa iudicati, adolescens habere poterit quia vnicuique licet contemnere hac quæ pro se introducta sunt: nec difficultatem tollit intellectus Bald. ad illum tex. in d. §. quoties quod procedat iure speciali, quia tex. in sua decisione, non ex speciali minoris priuilegio mouetur, sed ex generali regula, ibi, *quia vnicuique licet, &c.* in retractu prosequitur Tiraq. de retractu lignag. ad finem tituli, nu. 24. vbi resoluit consanguineum, cui ius retractus competit, posse sententiæ renuntiare, sicut in redhibitoria dixit gloss. in l. illud §. 1. ff de edilit. edict. gloss. 2. in l. 13 tit. 22. part 3. Bart. in l Plautius ff de condit. & demonstra. nu. 1. prope finem Aretin. in l. pro hærsde §. Papinianus ff de acq. hæred Alex. consi. 36. col. vlt. lib. 4. Tiraq. vbi supra nu. 28.

3 Vnde in hac quæstione, de duobus controuerti potest: primo, an ex sententia communi pateat executio respectu victi, pro pretio sibi soluendo: secundo, an saltem per actionem in factum audiri posit. Primo casu qui est nostræ disputationis, citra dubium videtur, quod nullo modo potuerit Cometissa ex illa sententia executiuè agere, implorando iudicis officium nobile, l. 1. & 4 §. ex conuentione ff de re iudic. prout imploratur quando proceditur summariè, assignato termino ad soluendum, Bart. in l. iubere cauere nu 3 ff de iurisd omn. iudic. & in l creditores. C. de pignor. Specul. in titulo de senten. executio. §. breuiter num. 1. Collerus de processu executiuo 3. part. cap. 2. num 3. quia vltra quod victor potuit renuntiare iuri sibi quæsito ex sententia, ex reg. dict. l. si iudex adhuc respectu Cometissæ, non datur in sententia verba diffinitiua, sed conditionalia; vt ipsa non teneatur rem dimittere, quousq; illud pretium soluatur, & non sequitur non tenetur quis rem tradere, nisi soluatur certa quantitas, ergo agere potest, ex eodem contractu, vt soluatur, sicut aliàs qui promisit non alij vendere, non potest compelli vt præcisè vendat, quia intelligitur si vellit, gloss in l eum qui, §. qui iniuriarum ff si quis cautio, Doctores in l qui Romæ § cohæredes ff de verbor. obligat. Bero. vbi supra num 24. atque ex his neutiquam executiuè agi potest, ex instrumento non directo, quod verbis & sensu obliquo versatur, & secundario victi personam considerat, quæ tanquam non legitima recte a limine iudicij repelli potest, ex Bart. in Extrauag ad reprimendum verbo figura numer. 4. Bald. in l. 3. § ibidem num. 2. ff ad exhibend. Antonius de Canario de executio. instrum. quæst. 15. Maranta de ordin. iudic. 4. part. vltim. destin. princip. n 16. Collerus part. 2. cap. 2. num. 61. & in proprijs terminis iudicatum refert in Senatu Sabaudiæ Faber. in suo Codice libr 7. titul. 20 diffinitione 54.

4 In secundo autem casu nasci ex illa sententia, ad pretium actionem in factum dixit. Bald. in l. si prædium col. 2. vers sed pone. ff. de ædilit. actio. quod si in ædilitia actione lata sit sententia, ad commodum emptoris, qua condemnatus est, venditor rem recipere, & reddere pretium, ex ista sententia nascitur venditori actio in factum, si emptor nolit vti sententia, ponderat Tiraquell ad finem d tituli, num. 25. & succedit doctrina Bartoli in l 1. §. edenda ff de edendo, vbi docet quod quando victor sententiam non exequitur, forte timens ne impedimenta offerantur, quod licet non possit cogi vt sententiam edat, vt illa impediatur tamen potest pronuntiari vt quando illa sententia appareat, suo careat effectu, & pari ratione

videtur posse tempus assignari, vt sententia exequatur, vt illo transacto maneat eneruata ne amplius exequi possit, quod videtur suaderi ex d. l. si iudex, dum probat posse minorem sententiæ pro se latæ renuntiare, quod supponit, partem aduersam instasse vt sententiam statim exequeretur, ne cogeretur esse in statu dubio, & textus decidit posse renuntiare iuri suo, atque ideo videtur recte posse compelli per actionem in factum vt declaret an velit sententia vti.

Atque ex his censuimus d. Comitissam executiuè agere non posse, & petere sententiæ executionem contra se latæ, non negauimus tamen vt per actionem in factum agere posset vt prætium solueret vel sententiæ renuntiasse dicatur reuocata iudicis sententia.

SVMMARIA.

1 *Possessor rei hypothecatæ conuenitur etiam nō excusso principali.*

2 *Annui reditus venditi ex fundo cum hypotheca inducunt onus reale.*

Collectæ pensiones emphyteuticæ, & beneficiorum petuntur à quocunque possessore. ibi.

3 *Sine dubio procedit in tributis Principi debitis.*

Inter priuilegia fisci est, vt pensiones exigat à quocunque possessore. ibi.

4 *Secus est in partitionibus priuatorum.*

In causis alimentorum contrahitur tacita hypotheca. ibi.

Reditus debiti ex pacto personali cui accedit hypotheca non petuntur à tertio possessore. ibi.

Cum Principe ex solo contractu annui reditus sine hypotheca agitur contra tertios.

Inter priuatos tunc cum adiungitur ipsius fundi hypotheca. ibi.

Qui promittit annuam pensionem cum rei hypotheca intendit censum constituere. ibi.

Interprætat l. si creditor §. fin ff. de distract. pignor. ibi.

5 *Reditus ex fundo sic hypothecato à promissore constituunt ius reale.*

Census obligatio decennio præscribitur. ibi.

Hæc præscriptio intelligitur quoad executionis modum. ibi.

6 *Si tertius habet causam à malæ fidei venditore nō præscribit tempore ordinario.*

Interprætata auth. malæ fidei C. de præscriptio longi tempor.

Si

Si quartus sit emptor vel vlterior à malæ fidei possessore cessat prohibitio. ibi.

7 *Præscriptio interrumpitur naturaliter & ciuiliter.*

Præscriptio 30. vel 40. annorum sola citatione interrumpitur.ibi.

Præscriptio longi temporis requirit contestationem.ibi.

Quæ sit differentiæ ratio.

8 *Qui sint interruptionis vtriusque effectus.*

Data naturali interruptione recuperata possessione de nouo incipit præscriptio.ibi.

Vbi contestatione interrumpitur etiamsi ordinaria esset præscriptio spatium 40. annorum expectatur. ibi.

9 *Fallit si dolose lis mota sit vt perpetuaretur actio.*

Ius executionis quomodo præscribatur. ibi.

DECISIO LXIII.

An census obligatio extinguatur longo tempore, ad Ordination. libr. 4. titul. 3. §. 1.

1 Vm Emanuel Mendez emisset à Vasqueanes censum constitutũ super quadam proprietate, idem Vasqueanes eandem proprietatem censui suppositam vt liberam, & allodialem Georgio Manso vendidit. Cumque cessasset in solutione reditus annui, emptor contra tertium rei censuariæ possessorem egit, pro decursis reditibus: qui opposuit se titulo, & bona fide rem illam per 13. annorum spatium possedisse, vt liberam omni reali onere, Actor replicabat sibi non nocere longi temporis præscriptionẽ, quia Reus habebat authorem malæ fidei, & quod talis præscriptio fuerat per citationem interrupta, iudex pro Reo absolutoriam protulerat sententiam, qui pariter negabat rem esse censuariam, licet hypothecata foret pro securitate reditus promissi, quæ rei hypotheca non permittebat conueniri possessorem, principali debitore non excusso, ex Ordination. libro quarto, titul.3. in princip. auth. hoc si debitor Codic. de pignor. l. 14. titul. 13. part. 5. vbi gloss. 5. Menchaca Illustrium capit. 60. numer. 4. Gutierr. in l.nemo potest numer.29. Mastrillo decis.109. Gama decis.99 & 319. num. 3. Ricius collectan. 27. part. 1. D. Caldas Pereira de emption. capit 33. numer. 12 Pro discussione causæ sequentia dubia proponebantur primo an venditione redituum cum hypotheca censualis fieret contractus: secundum, an illa census obligatio decennio á tertio possessore præscribatur vel indigeat tẽpore longissimo, & an ex citatione ad causam legitima in-

tercesserit interrupto pręscriptionis.

2 Circa primum dicebam quod si priuatæ personæ promittatur annuus reditus ex certo fundo, & ipse fundus hypothecatur, solutioni tunc ratione illius hypothecæ à quolibet possessore poterunt pensiones exigi, etiam præteritorum annorum per hypothecariam, quia censetur ius reale census constitutum, vt in Extrauag. 1. & 2. de emptione inter communes, & ita habet communis vt per Valasc. de iure emphyt quæst. 32. n. 13. Alciat. respons. 3. Couar. libr. 3. resol. cap. 7. num. 6. sic limitata regula l. fin § fin. ff. de contrah. emptio. Atque ex hac ratione collectæ, & pensiones emphyteuticæ beneficiorumque pensiones, á quouis possessore exiguntur quia in illis tacita datur hypothecata, ex Negusan. de pignor. 2. part. membr. 4. num. 123. Valasc. dict quæst. 32. nu. 21. Guido quæst. 302. & 566. Franciscus Marcus quæst. 325. num. 4. Cassan in consuetud. Burgund rubr. 11. § 6. num. 2. & 16.

3 Quæ quidem communis opinio, sine dubio procedit in tributis vel pensionibus, Principi promissis, vt habetur in l. Imperatores ff de publican. l inter debitorem 43 ff. de pact. 13. in fin. ff. de censib. l. 2. C. sine censu vel reliq. ex speciali fisci priuilegio, vt præteritas pensiones à quolibet possessore exigere valeat, gloss. fin. in dict. l. fin § fin ff de contrah emptione, sequuntur citati à Tiraquell libr 1. re tract. § 6. gloss 1. num 7 Ripa in l. 1. §. si hæres num. 15. ff ad Trebell. Pinel. in l. 1. Cod de bon. mater. 2. part num. 72. limit. 3. quia Princeps cum quo contrahitur, potuit illud inducere abrogando communis legis vinculum.

4 At vero in conuentionibus priuatorum, vbi illa potestas non datur, vel tacita vel expressa, hypotheca cõsideretur, nunquam contra tertios rerum possessores, actio competet pro præteritis pensionibus, quia per hypothecam rei quæ accessoria est, non immutatur natura primæ obligationis, imò pacto personali manente in sua natura, accedit (excepta causa alimentorum in qua ex tacita hypotheca ius reale resultat l. 2. ff. de alim & cibar.) ex qua contra tertios agi non potest, nisi principali excusso, Ordinar. libr. 4. titul. 3. auth. hoc si debitor Cod de pignor. quare non recte communis per hypothecariam, hos reditus posse peti arbitratur, cum magis consonet iuri vt pro pensionibus beneficiorum, & tributis contra tertios agi posit, quia ius reale constituunt, per se consideratum in rebus ipsis, quod cognoscitur per illas annuas præstationes, pro quibus non personæ sed ipsa prædia conueniantur, D. pater meus de extinctione cap. 3. numer. 23. ad instar cuiusdam seruitutis realis, prædio inhærentis, §. æque si agat institutis de actio. l eorum ff. de damno infect. l. hactenus 8. ff de vsufruct. l. 2. Cod de aluuio. l rescripto § sciendum. ff. de muner Clem 1. de censibus, quod ius reale vocat Cyn. seruitutem innon innatam in rubr. Cod de vsufruct. Guido decis. 432. & quasi pars fundi Tiraq. libr. 1. retract. §. 6. gloss. 1. numer. 7. & § 32 gloss 1. ex numer. 79. Valasc. dict. quæst. 32. num. 13. licet sibi contrarius aliter censeat quæst. 17. numer. 20. nisi dicamus in his pensionibus considerari quod ratione alimentorum constituuntur in quibus ius reale datur ex dict. l. 2. Couar. in cap. Raynutius § 10. num. 8. quanuis nihil esse speciale in alimentis contendat Negusan. de pignor. 4. membr. 2. part. num. 164.

Vnde duobus modis hoc ius reale constituitur: primo, si cum Principe cõtrahitur, ex sola promissione annui reditus etiam sine vlla hypotheca, sic pro-

sic procedit l. imperatores. ff. de publica.l.moschis ff.de iure fisci cũ alijs. Secundo in priuatis pactionibus,quãdo annuus reditus promittitur,ex aliquo fundo,& adiungitur ipsius fundi hypotheca qua ius reale census resultat,si non ex natura actus, quia nihil aliud importat quam obligationem personalem cum hypotheca ,tamen ex mente contrahentium, onus reale inducitur, quia illi qui censum constituere volunt, non aliter se explicant, quam promittendo reditus annuos, cum hypotheca rei, de iure enim est vt ex pacto sua natura personali, aliquando constituatur ius reale, l.si creditor §.fin. ff.de distract. pignor.sentit Couar dict.cap 7.num. 6. Alciat.dict.respons.3. Paulus cons. 333. libr.1. conducunt quæ Gama decis.13.& 145. Felician. de censib.libr.1. cap. 10. numer.3. Garcia de expens. cap.4. numer.42. Gutierr. practicar. libr.2. quæst.167. numer.4. Molin.de contractib.disputat.383.§.ex his, idem Valasc.de iure emphyt.quæst.4. num. 7.& d.quæst.32.nu.23.in fin. & quæst. 17.num.17.

5 Ex quibus patet, pro his pensionibus, sic promissis, ex hæreditate pro illis hypotheeata, ex mente contrahentium,ius reale constitui, quod ad quoscunque transit possessores, & succedit secundi dubij resolutio, an census obligationi decennio inter præsentes præscribatur, á tertio possessore cum titulo & bona fide : in qua quæstione resolutiuè dicendum quod si standum est legibus Castellæ, prout est lex 63. Tauri, quæ hodie est l.6 titul.15. libr.4. nouæ collectio, & l.35.libr.3. titul 4. ibi, *o por ser passados los diez annos*: iuri executionis per decennium præscribitur, idest præscribuntur fructus debiti decennio,& ne pro illis executiuè procedi posit, explicat Parlador. quotidian. capit.1. §.16. numer. 41. eum citans Gutierr. practicar. libr.1. quæst. 90. numer. 2. quod in effectu non est præscribere fructus, sed potius executionis modum, ne scilicet executiuè petantur, sed ordinariè, verum de hoc non agimus, quidquid apud Hispanos sit, sed de præscribendo ipso iure census,& hypothecæ,quod decennio præscribi docet, l. 1. & 2. Cod. si aduersus creditorem, consonat l. 39. titul. 13. part. 5. & l. 27. titul. 29. part. 3. Balbus de præscript. 4. part. quartæ principal.quæst.5. & quæst.7. num.4. Mencha. libr. 2. illustrium cap. 60. Parlador. vbi supra §. 12. numer. 41. & §.13.numer.44.Gomez 2.tom.cap. 11.numer.45. Boer. decis.336. per tot. licet Azeued. in l.9. titul. 15. libr. 4. recopilat. aliter sentiat contra quem insurgit Gutierr. dict. quæst.90 num. 4. Olanus in concordantia iuris lit. F. num. 27. fol. 138. Salazar de consuetudin. cap.11. num.50. & 52.

6 Verum rem adhuc non satis apperit Gutierrez, nec illius opinio indistinctè sumpta quod á tertio possessore,cũ titul.& bona fide census obliga tio præscribatur vera est, nã si tertius ille causam habet à venditore census, qui sciens rem censualem, nihilominus eam vt liberam vendidit, ignorante emptore, adhuc præscriptio decennalis non sufficit,ex tex.ad id expresso in auth. malæ fidei C. de præscript. long. tempor. vbi scientia illius contra quem præscribitur attenditur,ibi, *Si verus dominus ignoret suum ius & alienationem factam, spectatur ergo triginta annorum defensio* : explicat late Pinel. in auth. nisi C. de bon. mater. à num. 8. Vnde fit quod si censuaria terra vendatur tertio, qui bona fide emerit ignorante vero domino census, nullo modo is tertius ordinario tempore præscribet, vt videtur indistinctè sentire Gutierr. vbi sup Si vero, quartus emptor sit,qui nõ immediatè posideat à malæ fidei venditore, sed

ab alio qui iam bona fide emerat, vtique eo casu, longo tempore præscribi poterit, seu extingui illa census obligatio, quia non continuatur illud vitium, & mala fides primi venditoris in sequentes, quia cum d. Auth. malæ fidei loquatur de eo qui immediaté á venditore possidet, non debet ad alios porrigi, eleganter Pinel. vbi supra num. 35.

7 Vltimū erat certamen, an ex citatione ad causam talis præscriptio interrupta censeri debuisset, & certissimi iuris est ad imaginem naturalis interruptionis, de qua in l. naturaliter ff de vsucapio, Conan. lib. 3. cap. 24. ex num 1. Couar. in reg. possessor 2. part. §. 12. á princip. Dari etiam interruptionem ciuilem, quæ à lege introducitur, de quo per gloss. in cap. illud de præscriptio per quam quis lite motta de iure suo, dubius efficitur, l. nemo C. de acq possess. l. cum notissimi § 1. C. de præscriptio 30. non tamen simpliciter ex omni citatione, præscriptio interrupta dicitur, nam licet sola citatio interrumpat in præscriptionibus 30. vel 40. annorum, Ordin. libr 4. tit. 79. § 1 l. sicut C. de præscriptio 30. d. l. cum notissimi, præscriptio tamen longi temporis 10. vel 20. annorum, litis contestationem requirit, d. l. nemo, l 2. Cod. præscriptio long temp. communis in d. l. naturaliter vt per supra citatos, cuius rei est ea ratio, quia hæc præscriptio breuis temporis, difficilius interrumpitur, quia in ea requiritur titulus. l. diutina. C. de præscriptio longi tempor. & ideo sic possidens non fit dubius per primum actum, nisi lis contestata sit, in præscriptione vero longissimi temporis, cum titulus non requiratur, nisi ali quo casu, quando contra ius est præscriptio, cum in ea de iure ciuili bona fides non requireretur, l. 1. C. de vsucapio transform. ideo nec titulus requiritur, attento illo iure, & inde fit quod ex sola citatione fiat dubius præscribens, sicque conciliantur d l. cum notissimi, & l. more. C. de rei vindic & l nemo. C. de acq. poss.

8 Circa effectus vtriusque interruptionis, illud notandum est, quod naturalis interruptio, quæ fit amittendo possessionem, si postea recuperatur completur præscriptio, incipiendo de nouo, eo tempore quo antea poterat, at vero in ciuili interruptione, si agimus de præscriptione lōgissimi temporis, vbi sola citatio sufficit, adhuc poterit de nouo inchoari, & compleri, eodem tempore longissimo: si vero litis contestatio requirebatur quia erat breuis temporis, tunc iam non sufficit idem tempus, sed 40 annorum spatium requiritur, l. vlt. C. de præscriptio. 30.

9 Quod intelligendum est quando cessatum est à lite cum iusta causa, ne videatur intertumpens illud fecisse animo perpetuandi actionem, quia tunc illud tempus quod antea sufficiebat, hodie sufficiet postquam à lite cessatum est, gloss. 1. in dict cap. illud, vbi Abb. num 24. Tiraquell. de retract titul. 1. § 1. gloss. 10 num. 75. Conan lib. 3 cap 11 à num. 8 facit d. l. vlt. in ratione quam assignat, casuum fortuitorum ob quos á lite cessatum fuit, vt sic fraudibus obuietur ex reg. cap. sedes de rescript.

Atque ex his diximus in nostro casu censum, & ius reale fuisse constitutum, ratione cuius à possessore poterant exigi præteriti reditus, non obstante præscriptione temporis longissimi, cum titulo habito ab ipso venditore census, quia ille qui immediaté causam habet ab ipso venditore, non præscribit ordinario tempore, sed longissimo, quæ præscriptio sola citatione interrumpitur, sicque reuocauimus sententiam iudicis qui census obligationem extinctam esse dicebat. Scriba Machado.

In

In alio processu Francisci Gomez contra Gasparem Fernandez oppidi de Villanoua, scriba Pero Correa obtinuit quod Reus qui possidebat rem censualem, & liberam á suis prædecessoribus decennio præscripserat ius executionis, ne executiue peti posset sed ordinariè agendum foret de viribus præscriptionis allegatæ. Anno 1618.

SVMMARIA

1 
Mptor potest repellere hæredem venditoris rem venditam vendicantem opposita exceptione doli.

Fideiussor si rem pro qua fideiussit euincit repelli potest. ibi.

Sufficit tacite consentire alienationi.ibi.

Hæres defuncti alienatoris rem venditam vindicare non potest. ibi.

Factum defuncti hæres non impugnat.ibi.

2 *Interpretata l.fin. Cod. de euictio.*

Hæres fideiussoris rei vindicare potest rem pro qua defunctus intercessit.ibi.

Differentia est constituenda inter hæredem venditoris, & fideiussoris.ibi.

Vendens rem tenetur præcisè tradere si potest.ibi.

In hærede fideiussoris est diuersa ratio, ac in hærede venditoris. ibi.

Fideiussor nullum factum promittit. ibi.

Fideiussor solum obligatur quando res non sit tradita, vel sit euicta ibi.

Fideiussor satisfacit si pactum defuncti adimpleat eo modo quo potest. ibi.

Non tenetur rem præcisè tradere, sed liberatur soluendo interesse. ibi.

3 *Vbi venditio est nulla, corruit fideiussio.*

DECISIO LXIIII.

An audiri debeat mulier agens pro dote sibi promissa, quando vna ex rebus dotatis alienata fuit, patre eius tanquam fideiussore intercedente cuius ipsa modo hæres est, ad Ordin. lib. 4. titul. 48. & §. 1.



CVm P. & eius vxor Violante Vaz dotem in quadam domo Beatrici Diaz constituissent, postea eandem domũ ipse dotans alij vendidit, dato in fideiussorem patre ipsius dotatæ, cuius dotata postea hæres extitit: cumque vellet domũ sibi promissam in dotẽ vindicare, obiectũ illi fuit, quod actione carebat, eo quod eius pater fuerat illius venditionis fideiussor, qui cum conueniri posset pro implemento venditionis, sic pariter Actrix eius filia audiri non poterat, quæ patris personam repræsentabat, iudex sententiam protulit, in fauorem Reæ exclusa petitrice, cuius sententiam reuocandam Senatus censuit.

1 Pro sententia iudicis illud vrgebat, quod emptor potest repellere hæredem venditoris, rem venditam vindicantem, opposita exceptione doli, l. Seia 73 ff. de euictio, ibi Paulus respondit iure quidem proprio non hæreditario, Semproniam quæ Seiæ de qua quæritur, hæres extitit, controuersiam fundorum, facere posse, sed euictis prædijs eandem Semproniam hæredem Seiæ conueniri posse, vel exceptione doli mali submoneri posse, & succedit reg. l. cum à matre C. de rei vindic. Pinel. in l. 1. 3. part de bonis mater. à num. 80. & sequentibus, vnde sicut fideiussor si viueret, rem illam pro qua fideiussit, euincere nõ posset, nec pro ea litem mouere, quia repelli posset ab agendo quia eum tenebat actio de euictione, sic pariter eius hæres repelli potest, qui si vere non consensit alienationi, tamen ficte videtur consensisse, cum repræsentet defunctum. l. si ab eo C. de liber. caus. prosequitur Barbosa ad l. Lucius. ff. solut matrimon. à num. 24. in fine, & succedit reg. l. 3 C. de rebus alien. vbi hæres venditoris rem à defuncto alienatam vindicare non potest ab emptore, etiamsi proprio nitatur iure, l. siue possessio C. de euictio, quod quidem in hærede fideiussoris procedit, ne etiam ex propria persona, & iure aliunde quæsito admitti valeat, ad vindicandam rem de consensu defuncti, alienatã & pro qua ipse fideiussit, ne factum illius oppugnare videatur quod ius non patitur.

2 Verum pro contraria parte adest tex. expressus in l. fin. Cod. de euictio, vbi cauetur hæredem fideiussoris, rerum pro quibus defunctus apud emptorem intercesserat, pro venditore non impediri dominium vindicare, atque ideo necessario sententia iudicis erat reuocanda, dum agentem hæredem fideiussoris repellit explicat Barbosa vbi supra nu. 26. vers. ex qua, Surdus cons. 114. num. 24. lib. 1. Cuiat, ad Paulũ lib. 3. quæstionũ, ad l.

ad l.rem.ff.pign act. Gama decis.319. numer.2. Pinel. vbi supra numer. 83. 6.limitatione ex quorum dictis illud receptius videtur, differentiam esse, constituendam inter hæredem venditoris, & hæredem fideiussoris, primus namque representat defunctum, in eadem obligatione qua defunctus tenebatur, rem venditam tradere dominiumque illius transferre, gloss. recepta in §. item precium instit. de emptione, verbo tradatur, quando scilicet habeat facultatem rei tradendæ, nec liberari soluendo interesse, Bart. in l. stipulationes num.39.ff de verbor obligat. receptus ex Alex. ibi num.30 Ias.35. Angel.& Aretin. in §. actionum num.14. instit. de actio. vbi idem Ias.num.147.plura Pinel.in l 1. C. de bonis mater. 3.part. numer. 25. Vnde fit quod nec hæreditario iure, nec proprio ex propria persona vel causa extrinseca sibi adueniente posit rem à defuncto distractam vindicare, d.l.3. C. de rebus alien. quia vtroque modo factum defuncti infringit, l. 2. §.ex his.ff.de verbor. obligat. At vero in hærede fideiussoris est diuersa ratio, nam cum fideiussor nullum factũ promittat, sed simpliciter consensum venditioni adhibeat, solumque ad securitatem rei venditæ adhibeatur, vt de euictione teneri posit, quando res non sit tradita, vel euicta, vt dixit Socin cons.52.libr 4. num.11. Alciat. respons 556. Planutius de Inuentario 7.part.num.251.& probatur in d l.fin. vbi supponit fideiussorem de euictione teneri. Ideo fideiussoris hæres satisfacit, si factum defuncti adimpleat, eo modo quo ipse promisit, tradendo rei valorem, vel interesse, vnde fit quod licet hæreditario iure, in quo defunctum repræsentat, rem vindicare nequeat, tamen quando iure proprio agit, non impeditur, quia potest rem habere iure particulari, seu singulari, & tanquam hæres fideiussoris rei interesse exoluere, ne in duriorem causam quam defunctus maneat obligatus, sic ampliata regula l græce § illud ff de fideiuss.

3 Et licet ex supradictis videretur quod adhuc hæres fideiussoris tenebatur ad interesse ex persona defuncti tamen in nostro casu citra dubium veniebat Actrix admittenda, quia proponebatur venditionem fuisse nullam quia facta fuerat ab vxorato sine vxoris consensu, contra prohibitionem Ordin. lib.4. titul.48. ex quo fideiussoria obligatio corruebat ex d.Ord. §.1. ibi, *posto que para firmeza da venda, ou alheamento de fiadores, ou penhores, ou prometa algũa pena todo será nenhum, & de nenhum vigor.* Atque ex his sententiam reuocauimus. Scriba Georgio Fernandez.



SVM-

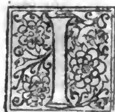
SVMMARIA.

1 *Tertio licet appellare à sententia inter alios lata.*
Quod ampliatur etiãsi condemnatus appellare nolit. ibi.
Tertio licet appellare etiam post tres conformes. ibi.
Amplia etiam si sciuerit sententias primas latas fuisse. ibi.
In tertij appellatione non habet locum Clem. 1. de re iudic. ibi.
Tertius tunc non admittitur ad appellandum quando causa gesta est cũ contradictore legitimo. ibi.
Sententia in maioratu nocet sequentibus quando causa motta fuit cum eo ad quem spectabat defensio. ibi.
Sententia non nocet fratri in causa nobilitatis.
Fallit nisi causa talis esset quæ ad seniorem spectaret. ibi.
Vt sententia noceat tacenti debet qui tacet posse prohibere. ibi.
3 *Tertius non simpliciter admittitur ad appellandum sed proposita causa.*
Insuper requiritur causæ semiplena probatio. ibi.
Sic tertius qui se executioni opponit debet suam possessionem saltem semiplene probare.
Interpretatum cap. cum super de re iudic. ibi.
Qui tertium admittit ad appellandum statim debet supersedere in executione.
Post appellationem à tertio admissam, gesta reuocantur remedio attentatorum. ibi.
Distinctio Bartoli ponderatur. ibi.
Interpræta ta Ordin. lib. 3. tit. 86. §. 17.
Illa Ordinatio procedit si in re petita in libello fit executio.
4 *Quando appellatum est in causa debiti personalis supersederi statim debet.*
Per receptionem appellationis iudex suam iurisdictionem in superiores transfert. ibi.
Reuocatio attentatorum debet fieri per iudices ad quos interponitur appellatio. ibi.
Interpretatum cap. non solum de appell. lib. 6.
Interpretat Ordin. libr. 3. tit. 78. §. 2. ibi.
Per attentata à iudice inferiori fit iniuria iudici superiori. ibi.
Denegata appellatione tertio qui pro suo interesse appellat non condemnatur iudex in expensis qui eam denegauit.
Interpretata Ordin. libr. 3. titul. 70. §. 7.

DECI-

DECISIO LXV.

An quando tertius appellat à sententia inter alios lata, & post appellationem receptam in executione sententiæ proceditur debeant gesta tanquam attentata reuocari, ad Ordinat. lib. 3. titul. 73. & libr. 3. titul. 81. & titul. 86. §. 17.



Oannes d'Aguiar Eborensis ciuitatis sententiam obtinuerat, contra quendam debitorem, cumque ad executionem deuentum esset, Eduardus Galuão illa pendente appellauit, qua appellatione nõ obstante Præses ad executionem processit, à quo supplicarunt partes allegantes Ordinationem libr. 3. titul. 73. petentes insuper, vt omnia quæ facta fuerant, in præiudicium suæ appellationis, in pristinum statum reponerentur: de duobus in hoc grauamine controuertebatur, primum, an tertius appellare potuisset, à sententia lata contra alium, deinde an supposito quod admissus fuit ad appellandum, quæ contra eius appellationem gesta fuerunt, debuissent reuocari.

1 Et quoad primum, indubitati iuris est tertio licere appellare à sententia quando sua interest, l. à sententia ff. de appell. l. 1. ff. de appell. recipiend cap. non solent 2. quæst. 6. tex. in l. si per lusorio in princip. ff de appell & relatio, tex. in c. cum super de re iudic. vbi Abb. num. 13. Anton. 11. Imola 5. Ordinat. libr. 3. titul. 81. in princip. quod accipi debet etiamsi reus appellare nolit d. l. à sententia, vers. idem, vbi Bart. ff. de appell. Felin. num. 11. in d cum super, Ias. in l. à diuo pio §. si super rebus num. 16. ff. de re iudic. Ordin. d. titul. 81. §. 1. ibi, *ainda que este deuedor condenado não appellasse*: vnde licebit tertio appellare, etiam post tres conformes, à quibus principalis appellare iam non potest, c. sua nobis de appell. & C. ne liceat in vna causa, &c. ex Abb in d. cap. cum super nu. 26. Felin. 11. communis ex Couar. practic. cap. 14. num. 8. & licet aliqui requirant, quod tertius ignorauerit primam & secundam sententiam latam fuisse, vt admittatur ad appellandum à tertia tamen verius est, quod etiamsi sciuerit potest appellare à sententia vltima, quia quod sciuerit tantum obesse poterit, quando sententia de iure nocere posset appellanti, iuxta terminos l. sæpe ff. de re iud. vers. sed scientibus, quando vero non nocebat, nec pariter nocebit notitia, & appellatio admittenda est, ex Couar. vbi sup. num. 9. Sicut aliàs in huiusmodi tertio non habebit locũ dispositio Clem. 1. de re iudic. in qua cessat illius ratio, ex gloss. ibi verbo contra se, communis in d cap. cũ super, Couar. vbi supra numer. 9. Rota Bononiens. decis. 67. num. 12. Tunc enim tertius ad appellandum non admittetur, quãdo causa ventillata

ventillata est, cum eo ad quem negotium pertinebat, quia tunc nocet sententia, etiam illis quos negotium tangit minus principaliter, quia eorum ius pendet à iure agentis, probat tex. in l. ex contractu ff. de re iudic. dict. l. sæpe, eod. titul. l. si patroni 55. §. vlt ff. ad Trebell. quia non oportebat hos vocari l. 1 vers. denuntiari ff de ventr. inspiciend gloss. 2. in l. de vnoquoque ff. de re iudic recepta ex Tiraquell. in tractat. res inter alios, in princip. vers. sed hæc, communis ex Alex. in l. filiusfam. §. diui num. 9 ff de legat. 1. Pinel. in l. 1. C. de bon. mater. 3 part. nu 48. vers. sedet constat, veluti quando in causa maioratus, ille conuenitur qui primum locum successionis occupabat, sequens non appellabit, Pinel d. num. 48. quia præsumitur quod se legitime defendet, ex Cyno in l. 2. C de fide instrum. Pinel. vbi supra num. 50. sequitur Valasc. de iure emphy. quæst. 10 num. 3. Couar. vbi supra num. 6 sic causa status nocet his, qui á principali causam habent, sicque procedit l. ingenuum ff. de statu homin l. 1. § vlt. ff. de liber. agnoscend. Alex. in d. l sæpe num 56 Couar practic. cap. 13 num 4. vers. 2. Tiraquell. de nobilit cap. 37 à princip. & in d. tractat. res inter alios limit. 18. Decius consil. 342. non tamen nocebit fratri sententia, in causa nobilitatis, nec alijs qui ius æque prætendunt, nisi quando materia talis esset quæ ad seniorem spectaret, vt successio maioratus, Tiraq. d. cap. 37. num. 7. Otalora de nobilit. 2. part. 3. principal cap. 8 à num. 5. sicque debet exponi tex. in l. sæpe ff de re iudic. dum docet sententiam nocere tertio qui passus est causam agitari, cum ad illum causa principaliter pertineret, quia tunc videtur consentire, vt ille negotium in iudicium deducat, gloss. recepta in l. Cayus 39 ff. de pignorat. act. & pariter illi appellatio interdiceretur, sed hoc ita accipi debet, vt procedat quando ille qui patitur, alium agere, causam ab illo habet, & ita si agatur de iure habito ex persona agētis, vt probatur in exemplis d. l. sæpe, & in vers. is vero, ibi, *de iure quod ex persona, &c.* Couar. pract. cap. 13. nu. 7. requirit enim dict. l. sæpe, vt sententia noceat, quod tacens potuisset agentem prohibere, ne agat, quæ prohibitio tunc datur, quando sciens ab eo causam habet, veluti quia de euictione tenetur, l. vindicantem ff de euictio, vnde ille textus non duos casus habet, vt expendit Abb. num. 9. in cap. penult. de re iudic. Alex in dict l. sæpe num 20. sed vnum tantum, exprimit cum Couar. vbi supra, quando scilicet quis patitur alium agere à quo causam habet, cum ad se principaliter pertineat, vel actio, vel defensio, licet inter actionem & defensionem diuersum ius constituat Robert. lib. 1. sentent. cap. 20.

2 Illud tamen obseruandum est, quod non simpliciter tertius ad appellandum admittitur, sed proposita causa, ob quam sua intersit audiri, sic limitata l. 2 & 3. ff. de appell Couar. pract cap. 16. num. 1. tex. in d. l. à sententia, nec sola sufficit causæ expressio, sed requiritur illius saltem semiplena probatio, cap. veniens 38. de testibus, vbi Felin num. 13. & in d cap. cum super nu. 16 Vantius de nullitat. titul. quis possit dicere, à numer. 21. Cuman in d. l. à sententia nu. 1. Surdus consil. 181. nu 23. Gerardus singul. 274. ad imaginem illius qui tanquam tertius se executioni opponit, vt illam impediat iuxta Ordinat. lib. 3. titul. 86. §. 17. Valasc. consil. 55 num. 1. Barbosa in l. si alienam ff solut. matrimon. nu. 19. Pechius de iure sistendi cap. 11. in fin. & probatur ex tex. in d cap cum super, ibi constiterit quem sic exponit gloss. 2 & ibi Abb. num. 7. Imol. 5. Anton. 10

3 Quibus suppositis nō constabat, ex actis

ex actis an Præses præhabita d. iustificatione causæ, supplicantem ad appellandum admisisset, verum quia de eo pars non conquærebatur, successit secundum dubium, an scilicet supposita dict. admissione debuisset Præses supersedere in executione sententiæ, ita vt ab eo postea contra appellationem gesta essent reuocanda, & in hoc distinguendum est cum Bart. in l. à diuo pro §. si super rebus ff de re iudic. num. 3. quod sine dubio supersedetur, quando rei possessio vaceat, vel ab appellante possidetur, ex Ias. ibi num. 16. Couar. d. cap. 16 num. 2. Duenas reg. 274. cap. veniens 38. de testib. quando autem ab alio possidetur, tunc non retardatur executio, sed præstatur cautio possessori, vt seruetur indemnis, l. is à quo ff. de rei vindicat. Couar. vbi supra vers. his tandem, l. penult. ff. de petit hæred si tertius doceat, sua interesse, ne res à tertio auferatur, Couar. d. num. 3. Ias. vbi supra num. 18. Si vero agitur de summa & quantitate, tertio appellante, deffertur executio dict. §. si super rebus quia de iure illius adhuc non est cognitum, nec aliud probat Ordin. d. §. 17. quia procedit quando fit executio in re petita, patet ibi, *em que se peça &c.* quæ nec vacat, nec possidetur à tertio se opponente, tunc enim facienda est executio, præstita cautione sicque debet exponi, Ordin. Regia dicto loco, quam satis confusè explicat Barbosa vbi supra d. num. 19. & seqq. & adhoc debent reduci quæ Cabed. arest. 66. 1 part. & Valasc. cons. 55.

4 Vnde cum in præsenti ageretur, de debitis ex personali actione petitis, vbi primum appellatio recepta fuit, statim debuit supersederi, quia recipiendo appellationem etiam si iniustam & friuolam, & non seruato iuris ordine, quia prius coram eo debuit probari interesse appellantis, tamen per receptionem appellationis, iudex in superiores iurisdictionem transtulit, notant Doctores in cap cũ appellationibus, de appell. in 6. gloss. in cap. non solum eod. titul. gloss. & Doctores in cap. significauerunt de testib. Bart num. 5. in l. eius qui ff. de appell. recip. Felin. num. 14. in cap. qualiter 1 de accusat. Gomes de delict. cap. 13. num. 32. Maranta 6 part. cap. de appell. num 198. Roland cons 77. lib. 2. Gama decis 300 Nec aliam cognitionem retinet nisi illam quæ ad faciliorem appellationis expeditionẽ spectat, glos in cap. 2. verbo destrictius de matrimonio contracto cap 1. de appell. lib 6. vers post, Octauianus lib. 4 cap. 4 à num 3 gloss in c. non solum de appell in 6. verbo quidquid, sicque procedit tex. in cap. cum teneamur de appell. Atque ex his sanxit senatus omnia gesta post receptam appellationem reponenda, tanquam attentata: nec obstabit quod reuocatio attentatorum debet fieri per iudices, ad quos deffertur appellatio, qui per talem innouationem offenduntur, & non per alios d c. non solum in fine de appell. in 6. ibi, *per eundem*, l. si cuius ff. de appell. recip. ibi, *eum addiri oportet*, cap. solicitudinem 54. ibi, *nam ad officium, &c.* de appell. Bart. num. 4. in l. 1. ff. nihil nouari, Decius communem dicit in cap. cum teneamur de appellatio num. 5 Mandos. 14. form. cõmis. verbo eisdem, Octauian. libr. 8. cap. 4. num. 8. Hercul de attentat. c 12. nu. 8. Ord. lib. 3 tit. 73. ibi, *Iuizes da alçada*, & tit 78. § 2. *será polos Iuizes da appellação tornado & restituido, &c.* Vnde videbatur quod hæc attentatorum reuocatio, pertinebat ad iudices appellationis. Verum licet de iure communi per iudicem, ad quem attentata reuocari debeant, cui iniuria per inferiorem irrogata fuit, tamen de iure Regio aliud remedium celerius competit, quod est grauaminis seu supplicationis, à non seruata lege Regia de quo

agit Ordin.libr.3. titul.20. §. 46. quo parti succurri potest, vel quando iudex recepta appellatione in executione procedit contra Ordin. d.titul. 73. vel quando appellationem iustam repellit nam & hoc vltimo casu supplicari potest ex Ordin.lib.3.titul.69. §.7.& lib.1.tit.6.§.20. & lib 3.titul.70. §.7. imó & iudex denegans parti appellationem condemnatur in duplicatis expensis, & hic est casus in quo non est necessaria clausula iustificatiua Cabed. decis.39. num.fin. Licet mihi videatur quod denegata appellatione tertio, qui pro suo interesse appellat, non posit iudex in expensis condemnari, nec habeat locum dict. Ordinatio titul.70.§.7. quia illa agit, de denegatione appellationis alteri, ex partibus litigantibus,quando vero tertio denegatur appellatio, est quædam pro nuntiatio qua declaratur nõ esse partem, nec dari interesse pro quo admitti valeat, quod non est denegare appellationem parti, sed vt talem eum non admittere.

Ex his prouisum fuit supplicanti scriba Chaues.

SVMMARIA.

1 *Sententia partitionum etiam si partes consentiant in eam, retractari potest respectu errorum.*

2 *Contrarium verius.*

Explicata Ordinat. libr. 4. titul. 13.§.9.

Læsioni vltra dimidiam renuntiari potest.ibi.

Generalis renuntiatio non excludit remedium legis secundæ.ibi.

De iure Regio renuntiatio læsionis non valebit, nec confirmabitur iuramento.ibi.

Leges Regiæ nostrum sunt ius commune.ibi.

3 *Pactum quo conuentum est de læsione tolleranda non valet.*

Sententia tamen in qua læsiones dantur si approbetur valet illa renuntiatio quia habet fomentum à lege.ibi.

Interpretata Ordinat. lib.4. titul. 96.§.19.

Multum interest an appellari possit,vel coram eodem iudice de læsionibus agere.ibi.

In appellatione reponitur qualiscunque error per impedimenta vero non nisi in sexta parte.ibi.

DECI-

DECISIO LXV.

An appellari possit à sententia partitionum etsi appellans sententiæ acquieuerit, ad Ordin. lib. 3. tit. 70. in princ. & lib. 4. titul. 13. §. 9.



ALuarus Rodrigues, & Dionisius Fernandez oppidi de Cascaes, cũ bona cuiusdam defuncti diuiderent, in quibus hæredes extiterãt, partitionem factam iudex sententia confirmauit: cui vterque ex litigantibus acquieuit, suamque sententiam extraxit, & possessionem suæ partis apprehendit, elapsis aliquibus mensibus, d. Dionisius re maturius pensata, ab illa sententia appellandum duxit, & à Principe impetrauit, vt appellare posset, nõ obstante quod tempus elapsum esset, fuit ei concessum, appellauit, cui à parte aduersa obijciebatur, quod illud regium dipploma vitio surreptionis laborabat, cum Principi non expresisset, se sententiam extraxisse illique consensisse, ita vt in rem iudicatam transierit.

1 Inter alia quæ mouebantur, in processu, illud dubium incidit, an sententia partitionum transeat quoad partes in rem iudicatam, & videbatur de iure Regio semper à partitionum sententia appellari posse, licet partes eam approbassent, & extraxissent, quia cum in partitionibus bona fides exuberet, & partitiones ideo fiant vt inter liberos seruetur æqualitas. l. vt liberis C. de colla. Valasc. de partitionibus cap. 12. nu. 22. quoties partes petant, vt errores reponantur admittendæ sunt, renuntiare namque de iure Regio læsionibus non licet, expresse per pactum, ex Ordinat. libr. 4. titul. 13. §. 9. ergo nec tacite consentiendo appellationi, quia in effectu sententiæ acquiescere, est læsioni tacite renuntiare, quo fundamento motus Valasc. de partitio. cap. 40. num. 11. affirmat sic in hoc regno iudicandum & confirmatur ex Ordin. lib. 4. tit. 96. §. 19.

2 Verum eius authoritate non obstante Regium dipploma subreptitium pronuntiauimus, quod sententia in rem iudicatam transierit, nec potuerit ab ea appellari, quod si esset Principi expressum licentiam, ad appellandum minime concederet, de quo supra late decis. 60. nec obstat Ordinatio lib. 4. titul. 13. §. 1. ibi, *E posto que as partes renuntiem o beneficio desta ley, &c.* quia illa Ordinatio prohibet ne pactum quo læsioni renuntiatum est, valeat, quia contra bonos mores est, vt læsioni vltra dimidiam renuntiari posit, & licet attento iure communi aliter dicendũ foret, quia huic læsioni per verba clara renuntiari potest, ex Pinel. 3. p. l. 2. cap. 1. num. 2. licet generalis renuntiatio non excludat remedium d. l. 2. ex tex. in l. fin. § item quæsitum. ff. condict. indeb. adeò vt iuramento penitus hoc remedium cesset, quia non contra leges est, sed præter illas, dum iurans suo iuri renuntiat, tamen de iure Regio, nec valebit renuntiatio clara, & expressa, nec iuramento confirmabitur, quia sit contra legem Regiam expresse id vetantem, & succedit reg. l. non dubium C. de legib. Leges enim Regiæ nostrũ ius commune constituunt ex his quæ Gama decis. 314. num. 6. Cabed. decis. 106. num. 9.

3 Vnde cum d. l. Rex regia procedat in suo casu, quo per pactũ emptor venditorem inducit, vt renunciet, remedio illius legis, illud tanquam à pietate christiana alienũ exterminat, quia eo casu directo & principaliter, læsio remittitur, non vero procedit, quando læsio tacitè ex alio actu iure approbato sequitur, quia illud quod principaliter agitur, attendi debet, nõ vero quod in consequentiam venit, quare cum á lege transacto decendio, ad appellandum, sententiæ accipiant authoritatem rei iudicatæ, quæ amplius conuelli nequit l. post rem iudicatam ff. de re iudic. l. post sententiam C. de sententijs, & interlocutio l. 1. C. si aduersus rem iudicatam, Menoc de recuper. remed. 3. nu. 190. Maranta de ordine iudic. 3. p 6. princ. num. 129. Inde fit quod quando sententia rei iudicatæ accipit authoritatem, solum bonum publicum attenditur, vt lites præscindantur l. terminato. C. de fructib. & litium expens. licet per accidens sit vt pars aduersa læsa sit.

Nec aliud probat Ord. lib. 4. tit 96. §. 19. vbi post finitas partitiones, & sententia vallatas, admittit partes, vt agere possint ad supplementum læsionũ, quæ in sexta parte portionis contigerint, explicat Valasc. de partitio. c. 39. nu. 8 & 17. & cap 9. num. 45. & cap. 10. nu. 10 & cap. 40. num. 6. vbi dicit quod hæc ordinatio procedit iam lata sententia. Quia illa ordinatio indulget post sententiam partibus, vt de illis læsionibus in sexta parte reparandis, coram eodem iudice agant, non vero vt appellare valeant, multum enim interest, vno an altero, medio vti liceat, nam si coram eodem iudice agitur, non minor læsio, quam in sexta parte reparari potest, vt habetur in d. §. 19. & libr. 3. titul. 17. §. 5. at vero per appellationem ad superiorem, potest & debet reparari etiam minimus error, Valasc. d. cap. 39. nu. 31.

Atque ex his denegauimus appellationem habitis pro probatis partis aduersæ impedimentis, reprobata opinione Valasci aliás Iurisconsultissimi, sed aliquando bonus dormitat Homerus. Scriba Gouuea.

SVMMARIA.



1 Vendito annuo reditu cum hypotheca solum resultat obligatio personalis.

Opinio Couarruuiæ in materia. ibi.

Ex censu realis obligatio resultat quæ sequitur possessorem. ibi.

Conuentus hypothecaria regulariter opponit excussionem faciendam in principali. ibi.

Possessor prædij affecti onere reali recte conueniri potest. ibi.

Hypotheca in hac materia transit in ius reale & quomodo. ibi.

2 Si primus venditor rem censualem detineat apud se, nec soluat recte ipse, vel is in quem res translata est conueniri potest pro censu.

Si

Si agatur pro tempore quo res fuit apud sequentem nullo modo primus venditor conueniri potest. ibi.
Fallit nisi res euincatur. ibi.
Respectu euictionis primus eiusque hæredes perpetuo manent obligati. ibi.
3 *Possessor non dicitur colonus partiarius vt conueniri possit pro censu.*
Si iam locatori soluit conueniri non potest. ibi.
Antequam soluat potest in fructibus fieri sequestratio pro securitate census. ibi.
Nec eo casu plus capi potest quam pertineret ad socium debitorē. ibi.

DECISIO LXVI.

An contra venditorem census, & eius hæredes detur actio personalis vt electio sit emptori vel ipsum, vel possessorem rei conuenire, ad Ord. lib. 4. tit. 3.

AGnes Godinha eiusq; filius Martinus Vaz Freire, ex oppido de Cabeça de Vide, agebant contra hæredes cuiusdam venditoris, certi census, sibi venditi, super certo fundo, quem á retro annis possidebat alter, qui ab eodem primo venditore, causam habebat, qui cū esset forsan difficilioris exactionis, cōtra venditoris hæredes, neglecto possessore, actores litem mouebant pro decursis reditibus, iudex Reum absoluit, cuius sententiam senatus approbauit.

1 Licet enim vendito annuo reditu, cum rei hypotheca videatur solum inesse obligatio personalis cum hypotheca quæ personali actioni accedit, nec ipsius naturam immutet, vt diximus supra, adeo vt Couar. lib. 3. resolu. c. 7. nu. 6. senserit quod hoc casu cōtra venditorem agi posset licet res obligationi supposita, apud tertium esset, in vers. hinc etiam deducitur, sequitur Felician. 2 p. lib. 3 c. 4. n. 7. vers. quinto infertur, Gutierr. in pract. lib. 2. q. 177. Nihilominus illius viri, aliàs doctissimi opinio falsa est, nam ex censu, ius reale resultat, quod rem ipsam cōmitatur, ad quoscunque transeat possessores, explicat Valas. de iure emphy. q. 32. n. 14. nec cōtra primū venditorem aliqua competit actio, nam licet possessor conuentus hypothecaria regulariter, possit opponere exceptionem excusionis in principali faciendæ, auth. hoc si debitor C. de pignor. auth. sed hodie G. de actio. & obligatio. l. 14. tit. 15. part. 5. Tamen possessor prædij reali onere affecti, recte cōuenitur, nō præhabita aliqua excusione, quia illa hypotheca nō sustinetur in puris terminis hypothecæ, sed ex mente partiū transit in ius reale, l. 2. ff. de alim. & cibar. leg l. si creditor. §. fin. ff. de tract. pignor. & in hunc sensum debēt exponi Guido q. 42. & q. 576. Cassan. in cōsuetud. Burgund. rub. 11. § 6. n. 2. & rub. 5 §. 2. nu 33. cum Valas. d. n. 14. Gutierr. pract. lib. 2. q. 167. nu. 4. Azeued. l. 1. tit. 15. lib. 5. nouæ compil.

2 Aliquis tamen est casus in quo primus venditor recte cōueniri potest veluti si primus venditor aliquibus annis rem censualē detineat, nec soluat, nō impeditur emptor vel ipsum,

 & eius

& eius hæredes vel possessorem conuenire, & in hunc sensum debent accipi quæ Cou. & Felicianus vbi supra affirmant, dum existimant venditorem conueniri posse, si vero agatur pro tempore quo res censualis apud tertium residet, tunc nullo modo cõtra primum venditorem agi posit, nisi si forte res euincatur, quia respectu euictionis ipse eiusque hæredes perpetuo manent obnoxij, Cabed. diuersorum iuris argum. cap. 14. num. 13. Valasc. d. num. 14. prosequitur Molin. de contractib. tractat. 2. disputat. 383. vers. constat deinde: atque ex his sententiam duximus cõfirmandam Reo absoluto, idem placuit in alio processu de Marcos Lopez Henriques contra Caterinã da Veiga, scriba Dominico de Basto, in quo iudicauimus D. Fonsequa, D. de Brito, & ego 18. Februarij 1618.

3 Admonere tamen non displicet quod hoc casu non dicitur possessor colonus partiarius cui possesio seu hæreditas colenda traditur, contra hunc enim non agitur ex censu retro debito, nec illius anni quo coluit si iam locatori domino soluit, poterit tamen fieri fructuum sequestratio, vt pro parte quæ domino acquiritur census soluatur, vtriusque assertionis ratio est quia in primo casu colonus non posidet l. colonus. ff. de vi, Ord. libr. 3 titul. 45. §. 10. & conductori sufficit vt liberetur quod soluerit ei à quo prædium conduxit l. si vrbana prædia ff. de condict. indebit. vnde licet prædia ipsa pro censu conueniantur l. Imperatores. ff. de publican. tamen illud procedit, respectu portionis domini, vt ex fructibus ipsi debitis onera præteriti temporis soluantur non vero ex labore conductoris qui ea lege ingressus est vt dimidios lucraretur fructus. Vnde solũ pendẽtibus fructibus poterit fieri sequestratio vt pro securitate redituum debitorum retineantur ne ad potestatem debitoris deueniant ne fiat fructuum dilapidatio, & succedunt quæ per Doctores in cap. 2. de sequestration. possess. & fructuum, Speculator in titulo de sequestrat. nu. 6. Bald. in l. si fideiussor num. 2. ff. qui satisd cogantur, & in l. Imperatores § fin. ff. de appell. Alex. cons. 163. nu. 1. vol. 6. Capella Tholos. decis. 476. Parisius cons. 41. num. 4. volum. 1. Sagun Villasante in d. cap. 2. num. 26 & 27. Nata cons. 584. Menoc. de arbitrar. casu 87. ad quod conducit l. fin. ff. de lege commissor. l. hæres 20. in fine ff. ad Trebell. Bart. in l. non solum §. morte ff de noui oper. nunciatione numer. 34. Ias. 28. Bologni. 100. Baldus in cap. fin. de sequestratio. poss. & fructuum, Felin. in cap. cum M. de constitutio. nu. 40. Ripa 62. Soares l. post rem, vers. quæro vtrum in fine. ff. de re iudicata.



SVM-

SVMMARIA.

1 AN donatio tertiæ valeat & quando.

Donatio tertiæ liberam testandi facultatem aufert. ibi.

Donata tertia nulla bona supersunt. ibi.

Quod obtinet etiamsi fauore dotis, & causæ piæ fiat donatio: ibi.

2 Confutatur opinio Valasci.

De iure cōmuni donatio omnium bonorum præsentium, & futurorū valet mero iure. ibi.

Donatio hæc iuramento confirmatur. ibi.

Opinio Bartoli contraria confutata. ibi.

Valet hæc donatio in fauorem piæ causæ. ibi.

Ecclesia vtitur iure communi in his in quibus priuilegiata non reperitur. ibi.

De iure ciuili adimi potest testandi facultas, nec pactum dicitur bonis moribus contrarium. ibi.

Veluti in eo qui se in alterius adoptionem dedit. ibi.

Non omnis actus per quem tollitur testandi facultas est improbatus. ibi.

Solum ille actus est reprobatus per quem interposita stipulatione vel pœna tollitur testandi facultas. ibi.

Interpretata l. stipulatio hoc modo concepta. ibi.

Prohibitum est adimere alij facultatem testandi non vero sibi. ibi.

Qui omnia sua bona donauit, adhuc potest casu habere vnde testetur.

Testandi libertas non pendet à bonis.

Interpretata l. hæreditatis ff. de verborum signific.

Adimi libertatem testandi per actus licitos & bonos non est contra bonos mores. ibi.

3 Nostra lex Regia nostrum ius commune est.

Ordin. Regia non impugnauit donationem bonorum. ibi.

Donatio ob causam dotis vel aliā non est dubium valere. ibi.

4 Donatio tertiæ sine dubio valet quando ex causa dotis fiat.

Explicatur Ordinat. libr. 4. titul. 97. §. 4.

A lege Regia comprobatur donatio tertiæ. ibi.

Donatio tertiæ causa dotis illud habet

habet peculiare quod competit donatario electio vel dotis tempore, vel mortis donantis.

DECISIO LXVII.

An donatio tertiæ sit valida facta à parente qui filios habet quibus debetur legitima, ad Ordin.lib.4.tit.70.§.3.



1 Cum quædam Catherina Moutosa, dotem cõstituisset Emanueli Roiz Conde., Villæ de Estremos, quando illi in matrimonium copulauit nepotem, illis tertiam partem bonorum suorum, quæ tempore mortis extarent, in dotem assignauit. Postea mutato cõsilio filio Emanueli Gonçalez, eiusque vxori, omnia bona sua testamento reliquit: á quibus cum donatarius tertiam bonorum partem sibi in dotem à defuncta promissam peteret, ipsi arguebant d. donationem validam minime extitisse, eo quod erat donatio omnium bonorum, nam cũ legitima filijs esset debita, quæ duas bonorum partes exhaurit, si tertiæ in simul donatio admitteretur, maneret donans intestatibilis, liberaque facultas testandi sublata esset, & succederet doctrina Bartol. in l. stipulatio hoc modo concepta.ff de verborum obligatio, & in l. fin. C. de pact. num 11. plures congerit Duen.reg.219. Couar. in rub.de testam.2. part num 3 & libr. 3 resol.cap.22. Clarus verbo donatio, quæst. 19. Gama decis 386. Ord.lib 4. titul.70. § 3. idem decis. 206. num 4. & in specie agens de tertia in dotem data filio, Valasc. de partitio cap. 20. num.4. vbi tenet quod talis donatio non valet, quia liberum testandi facultatem aufert, cum legitima in hoc regno duas partes bonorum parentis auferat, ex Ordin. lib 4. titul.82. vnde donata tertia nulla bona supersunt quod obtinet etiamsi fauore dotis, vel causæ piæ fiat donatio, ex Gomes l.17. Taur.num.10.& l.22.num.26. Valasc. d.cap.20.nu.6. & seqq.

2 Verum prædictis non obstantibus, mihi videbatur nullo modo sequendam esse opinionem Valasci, nam si ad ius commune attendimus, donatio omnium bonorum præsentium, & futurorum, valet mero iure & ideo iuramento confirmari potest, ex Abbate, Decio, & alijs quos refert, & sequitur Couar in rubr de testam.2.p. nu.5. Mencha de successio. creation. §.18.num.167. Gutierr.de iuram confirma. 1.part. cap.11. num.11. Tametsi Bart. receptus communiter, contendat non valere iuramentum, cuius opinio aperte confunditur, quia hæc donatio in fauorem piæ causæ valet, vt ex mente omnium est, in auth ingressi C. sacros. eccles. idem Bart. receptus in l.vltim. C de pact. num.13. communem dicit Decius in cap. in præsentia de probatio nu.3. Couar. vbi supra num 6. Duen. vbi supra limit.1. Clarus vbi sup. q.20. nu.4. Gomes l. 69. Tauri num. 2. constat autem ecclesiam vti iure communi, in his in quibus priuilegiata non reperitur, prout in præsenti. Deinde quia de iure ciuili, sæpe adimitur testandi facultas, nec tale pactum dicitur bonis

moribus

moribus contrarium, prout in eo, qui se in alterius adoptionem dedit, qui efficitur filiusfamilias dum in potestate parentis adoptiui est, nec testari potest, ex reg l. filiusfam ff de testam. §. non tamen instit. quibus modis testam. infirm. ex quibus patet nō omnem actum per quem libera facultas testandi adimitur esse reprobatum, sed illum solum perquem quis per stipulationem, vel pœnæ appositionē, talem facultatem alij adimit directe, sicque procedit tex. in d. l. stipulatio hoc modo concepta, vbi de eo agit qui pœna apposita hæreditatem alienam aucupabat, ibi, *Si hæredem me non feceris tantum dare spondes, &c.* Quod pactum ideo improbabatur, quia directo adimebat factionem testamenti, quod quidem aliter, se habet in donatione, qua non ab alio facultatem testandi quis aufert, sed á se ipso, non directo sed in consequentiam, ex eo quod donauit, non pœnæ appositione, sed libera voluntate: atque ideo contrarium tenent Dynus in reg. quod semel, ad fin. lib. 6. Bald. & Salycet. in d. l. vltim. vbi Alciat. Angel. & Roman. vt per Alex. num. 6. in dict. l. stipulatio, vbi Crotus á num 55. facit regula textus in l. 2. ff si quis à parente, l. omnes. §. Lucius ff. quæ in fraud creditorum, l. vlt. C. quæ res pignori. defendit Alc. in d. l. vlt nu. 70. asserens contrariam defendi non posse, & ibi Curtius Iun. num 51, Coras libr. 6. Missellan cap. 17. vbi in eos qui contrariam sequuntur inuehitur Menchac de successio. creatione. §. 18. num. 292. Cuius opinionis efficax est ratio, quia ille qui bona sua supradicto modo donauit, adhuc casus occurrere potest, vt bona habeat, de quibus testari possit, vt in terminis l si is qui soluendo. ff. de hæred instit. plures casus cōgerit Alc. vbi sup. apud quem videri possunt. Deinde quia testandi facultas non pendet à bonis argum. l. hæreditatis 119. ff. de verbor. signi. l. hæreditas 53. ibi, *sine vllo corpore* ff de petitione hæred. Valasc. de parti cap prim. nu 10. & 13 & cap. 20. nu. 10. nec est contra bonos mores vt hæc libertas per actus licitos & bonos, aliquando adimi possit, vt in eo qui ingreditur religionem Fortun. de vltim. fine iuris. illation. 20. vers tertius: aliàs enim cogeremur dicere quod nec per contractum onerosum talis libertas adimi potest, quod tamen omnes agnoscunt vt per Molin. libr. 2. cap. 10. num. 17.

3 Quod cum ita sit, de iure communi, verius illud idem nostra lex Regia quæ nostrum ius commune constituit, sequta fuit, d §. 3. titul. 70. non enim improbauit donationem omnium bonorum præsentium & futurorum, sed promissionem omnium bonorum, apposita pœna in quo Alc. opinionem, & Menchac. amplexa est, nec in donatione loquitur, in qua sinè vlla pœnæ stipulatione contrahitur, ibi, *ou lhe fizesse doação entre viuos sob certa pena de todos seus bems, &c.* Quod cum ita sit cautum, nihil impedit, vt simplex donatio omnium bonorum, præsentium & futurorum valeat, dummodo pœna absit, eam autem quæ ex causa dotis, vel ob aliam causam est, nulli est dubium valere, ex l. mulier bona ff. de iur. dotium, Gomes. l. 50. Taur num. 16. Boer. decis. 353. num 10. Molin. d. lib. 2. cap 10. nu. 17. & 18. Matienço l. 8. titul. 10 gloss. 1. num. 91. & ibi Azeued. nu. 6.

4 Ex quibus in donatione tertiæ sine dubio tenendum est, talem donationem sustineri, quando ex causa dotis fiat, habemus enim de eo legem expressam, ad quam miror Valascum non aduertisse, lib. 4 titul 97. §. 4. vbi expresse donatio tertiæ filio facta à lege comprobatur, non solum ex causa dotis, sed ex alia causa, licet donatio habita ex causa dotis, illud habeat peculiare, vt cōpetat donatario electio, vel

vel temporis mortis, vel donationis factæ; explicat idem Valasc.d.cap.20. num.26.& cap.23.nu.25. vbi maxime torquetur an sit tertia quotta bonorum, vel pars hæreditatis, cum tamen lex Regia lib.4.tit.82.illam quottam bonorum vocet, ibi, *a terça de seus bēs.*

Atque ex his senatui placuit, ex donatione tertiæ factæ, non tolli libertatem testandi, cum vltra quod illud non sufficiat, nec attento iure communi, nec Regio, vt supra ostendi, adhuc donans potuit testari, si alij filij sine descendentibus decederent, quibus ipsa legitima foret hæres, non impediretur enim de his rebus disponere & testari. Scriba Correa.

SVMMARIA.

1 *Qualitati iuratæ quando standum sit.*
Interpretata Ord. lib.4.tit.52.ibi.
Ordinatio loquitur in iuramento iudiciali, & litis decisorio. ibi.
Crimen qui confitetur se admisisse cum qualitate nisi illam probet condemnatur.ibi.
Qui fatetur cum qualitate censetur simpliciter fateri.ibi.
2 *Explicata l.8.tit. 3.part.3.*
3 *Qui fatetur se recepisse mutuum sed dicit soluisse probare debet.*
Tunc qualitas expressa releuat cum exprimitur extitisse eo tempore quo prima obligatio.ibi.
In capitulis separatis vnum acceptari potest, & alterum repudiari.ibi.
4 *Qualitas expressa in inuentario, quod soluerit excusat.*
Actus cum qualitate non est idem ac gestus sine qualitate.ibi.
5 *Ordin. lib.4. titul.52. non excludit alios casus similes.*
In iuramento veritatis quod fertur in depositione ad articulos non creditur qualitati.ibi.
Illa Ordin. debet restringi ad iuramentum litis decisorium.
Iuramentum decisorium deffertur à iudice ex officio.ibi.
Si detur actori est suppletorium. ibi.
Apud nos parti suppletorium non deffertur nisi petatur ex Ordinat. d.titul.52.
Si iuramentum defferatur Reo dicitur purgationis. ibi.
6 *Voluntarium iuramentum quale sit.*
Necessarium non deffertur nisi tribus concurrentibus secus in voluntario. ibi.
Necessarium nō recusatur à parte secus voluntarium.ibi.
7 *Qualitas adiecta necessario iuramento non separatur.*

8 *In*

8 *In eo qui crimen fatetur quomodo qualitas accipienda.*
Si qualitati ius repugnat vel eius præsumptio debet illa probari. ibi.
Satisfit argumento deducto ex l. 8.tit.8.part.3.
10 *Capitula tunc dicuntur connexa quando vnum tendit ad finem alterius.*
Explicata Ord.lib.3.tit.65.§.2.
11 *Iudex suam interlocutoriam reuocare potest.*
Amplia etiam sine vlla causa, & licet iam transierit in rem iudicatam.ibi.
Interlocutoria transit in rem iudicatam respectu partis non vero iudicis.ibi.
12 *Etiam si pars appellet iudex reuocare potest suam interlocutoriã:*
Qui sciens appellationem friuolam illam recepit videtur à se abdicare iurisdictionem.ibi.
Fallit quando interlocutoria iam sit mandata executioni.ibi.
13 *Interlocutoria parte petente reuocari poterit quando iudex nihilominus reuocaret ex officio.*

DECISIO LXVIII.

Qualitas expressa in iuramento quando sit separabilis, & quando interlocutoria reuocari potest ad partis instantiam, ad Ordinat. lib.3. titul.65.§.2. & libr.4. titul.52.



Ortuo primo coniugẽ, Antonia Mendez Inuentarium confecerat, in quo iurauit, se á matre sua dotẽ recepisse, & vltra illam 100. mille nummos mutuo, addens quod statim, mutuum soluerat matri. Actor qui maximus Franco dicebatur, instabat, quod Rea statim condemnaretur in d.100. mille nummis: nihilominus iudex tempus illi assignauit ad probandam solutionem, quam testibus non satis probauit, plura de iure allegans, quibus probare intendebat, qualitatẽ non posse separari à iuramento, & vtrique insimul standum fore, tandem iudex sententiam protulit, in ipsius absolutionem.

1 Ex hac hypothesi duo controuertebantur; primum an qualitati iuratæ foret standũ; secundũ an illa interlocutoria qua iudex iussit, vt solutionem probasset. posset reuocari Rea absoluta, cum tamen qualitatem quã probandam assumpserat nõ probasset, & quoad primũ videbatur sine dubio esse, quod qualitati iuramenti standũ non sit. ordinatio namque quæstandũ decernit qualitati iuramenti lib.4.tit. 52. procedit in iuramento iudiciali, & litis decisorio, vnde cum in illo casu speciali loquatur, non debet trahi ad actus qui extra iudiciũ fiunt, sic namque videmus quod crimen qui' confitetur se admisisse cum qualitate aliqua, quod ad suam defensionem occiderit, separata qualitate cõdemnatur, quia

quia legis virtus, etiam sic conuictum cum illa qualitate, excusante ligat, & comprehendit, quia is qui fatetur cũ qualitate, censetur simpliciter fateri, quia reiecta qualitate confessio, quasi simpliciter facta admittitur, ita vt nisi excusatio probetur, condemnari debeat, ex Bart. in l. Aurelius. §. idem quæsijt, ff de liberat. legat. quatenus ibi sensit, qualitatem defensionis separandam esse, sequuntur omnes ibi, Abb. in cap. auditis num. 32. de præscriptio. vbi Felin num. 30. Bero in c. atsi clerici num. 73. de iudic Bossius in titul. de confess. num. 19. Clarus in practicar. quæst. 55. num. 15 Menchac. illustrium cap. 2. num. 8. Simanchas de Chatoli. cap. 63. num. 23.. Rojas de hæret. 1. part. num. 160. Gomes 3. tom. cap. 3 nu 29.

2 Secundo facit pro eadem parte, l. 8. titul 3. part. 3. vbi parti imponitur necessitas probandi, allegatam qualitatem, & ea non probata iubet vt fiat condemnatio, quam legem tanquam iuri conformem seruat Hispania, deductam ex opinione Ioannis Andr. apud Speculat. tit. de sententia §. species num. 6. ex Butrio in cap. suborta de sent. & re iudic. prosequitur Parlador. lib. 2.. rerum quotidian. cap. fin. 1. p. §. quart. nu. 12.

3 Facit deinde, quod qui confitetur se recepisse mutuum sed soluisse iam, cum qualitas per illam aduersatiuam adiungatur, separanda est, ex Alex. consf. 587. vol. 1. cuius rei est ratio, quia tunc qualitas adiuncta releuat, quando exprimitur extitisse eodem tempore, quo prima obligatio, vnde cum obligatio mutui diuerso tempore contracta sit quam fuerit ipsius debiti solutio, talis qualitas repellitur, quia cum sint separata capitula, vnum acceptari, & alterum repudiari potest, ex doctrina Bartoli in d. § idem quæsijt, sequitur Ias. in l. manifestæ. ff. de iur. iurand. num. 7. Magon. decis Florent. 3. nu. 33. Boer. decis. 243. comprobat eleganter Surdus decis. 258. à numer. 1. Zeuallos quæst. 362. per tot.

4 Quibus tamen nõ obstantibus, senatus noster censuit, confessionem Reæ, in inuentario factam, cum illa qualitate solutionis prodesse, ne condemnetur, ex authoritate Bartoli in d. §. idem quæsijt, quæ procedit in qualitate admixta confessioni, in eodem capitulo, vel etiam in diuersis, dummodo connexa sint, vel fiat in continenti prosequitur Surd. d decis. 258. ex Alex. cons. 88. in princip. vol. 1. Purpurat. cons 124. nu. 4. Socin cons. 57. num. 22. vol. 4. vt in eo qui confitetur se concubuisse cum sponsa, sed animo non contrahendi matrimonium. vel per metum, Alex. cons. 80. num. 5. libr. 7. multis citatis Hypol. cons 153 à num. 5 & cons. 136. num. 28. Roland. cons. 17 num. 21. lib 3 Menoc. cons. 221. num 44. Tiraq. de retract. conuentional in fin. num 9. Caueta cons. 560 num. 3. Menoch de arbitrar. casu 93. num. 19. Gutierr lib 1. practic. quæst 126 num. 2. & plures quos citat Zeuallos vbi supra, ratio est quia quoties actui adijcitur qualitas, aut conditio, quæ tangit substantiam, siue alterando, siue minuendo, non potest appellari talis, qualis remotta qualitate diceretur, l. 1. in princip. ff. de donatio.

5 Nec obstant, adducta in contrarium, & imprimis non obstat, quod deduximus, ex Ordin. libr. 4. titul. 52. quia illa ordinatio non excludit alios casus, in quibus de iure cõmuni qualitas adiecta non separatur, sicut etiam illa ordinatio non procedit etiam, in omni iuramento, nam in iuramento veritatis, quod á parte exigitur, in depositionibus ad articulos, qualitati iuratæ non credetur, quia in eo solum creditur parti, in his quæ contra ipsam faciunt: vnde illa ordinatio restringi

restringi debet, ad iuramentum litis decisorium, quod triplex est. Primum quod ex mutuo partium consensu deffertur, vt in l. creditore. ff de iur. iurando, & dicitur voluntariũ & conuentionale, l. 1. l. iusiurandum quod ex conuentione eodem titulo, secundum quando à solo iudice deffertur, absque partium consensu, & dicitur necessarium. l admonendi. ff. de iur. iurando, Imperator in l. in bonæ fidei. C de rebus creditis, cap. vlt. de iur. iurando: tertium quod à parte parti in iudicio iudicis authoritate deffertur, & hoc dicitur iudiciale de quo totus titulus. ff. eod l actori. l. delata. C. de rebus creditis. colligitur hæc triplex distinctio ex gloss. 1. in d. cap. vlt. cui similis in l. 1. vbi Bart. ff. eod. gloss. ad verbum nisi in l. 1. C. de rebus credit. gloss. vlt. in §. item si quis postulante instit. de actio. cum quibus communiter Doctores transeunt.

6 Inter alias differentias quæ inter necessarium, & voluntarium iuramentum considerant supradictæ gloss. & Bart. in dict. l. admonendi numer. 11. l. stichum. §. naturalis numero 2. ff. de solutio, illa est quod necessarium non deffertur nisi, tribus concurrentibus, quod adsit, præsumptio pro actore, secundum quod non detur plena probatio, tertium quod ille cui deffertur habeat iustã causam sciendi, quod in voluntario non requiritur, cum ex partis voluntate defferatur parti aduersæ. Primum nõ potest à parte recusari, nec referri, quia datur ex causa iusta, prout in Ordin. d. titul. 59. § 10. voluntarium vero potest recusari, & referri l. manifestæ. ff. de iur iur. exceptis aliquibus casibus vt in actionibus famosis in quibus iure prohibetur d. cap. vlt.

7 Vnde fit quod qualitas adiecta necessario, vel iudiciali, iuramento separari non debeat, sicque procedit d. Ordin. lib. 4. titul. 52. & lib. 3. eod. titul. & d. titul. 59. § 10 de cuius interpretatione egimus in nostro tractatu de Armonia aduersariorum iuris Regij, non sic in iuramento veritatis quod datur vt pars positionibus respõdeat.

8 Non obstat deinde quod adduximus de confesso de crimine, cum qualitate, quia regula suprapósita, tũc habet locum quando contra confitentem nulla adest iuris præsumptio, quia illa stante transfertur in cõfitentem, necessitas probendi qualitatem, allegatã præcise, vnde fit quod qui confitetur crimen, licet videatur illud negare tali qualitate apposita, quæ in totum releuaret, prout quando dixit se occidisse in suam defensionem, quæ occisionem licitam redit, l. vt vim ff. de iustitia, Clem. si furiosus de homicid tamẽ ex iuris præsumptione, omne homicidium censetur factũ malo animo, l. 1. C. de sicar. Doct. ad l. 1. §. diuus ff. eod. Vnde fit quod iuris præsumptio repugnat qualitati, & merito probandi onus incumbit confitenti, iuxta l. licet ff. de leg. 1. l. si tutor petitus C. pericul tutor, Couar. lib. 2. resolu. cap. 6. nu. 1. & inde fit, quod confessio simpliciter recipitur, quousque probetur qualitas, quia confessio nocere solet confitenti, nõ prodesse, l. publia §. vlt. ff depositi, l de ætate. §. 1. ff. de interrogator actio. l 4. C. de repudi. hæred.

9 Non obstat secundo d. l 8. tit. 3. quia apud nos non est lex similis, & noster casus, tanquam omissus manet in dispositione iuris communis, arg. l. cõmodissime ff de liber. & posthumis, l si extraneus. ff condict. causa data cũ vulgaribus

10 Nec obstat tertium quod qualitas per aduersatiuam posita, seu concepta, debet separari quia respondetur ex Surdo vbi supra nu. 10. Menoch. d. casu 93. nu. 21. Caualcan decis. 16. n. 19. 2. part. quod siue in eodem capitulo, siue in diuersis fiat, dummodo tamen connexa sint, sufficit, satis enim est

quod eadem sit causa, veluti quia vnũ tendit ad finem, alterius, quia tunc dicuntur capitula connexa cum vnũ, propter aliud fiat, vnde cum solutio ex causa debiti procedat, licet diuerso tempore emanauerit, tamen admittitur, sicque explicabis Bartolum in d. §. idem quæsijt, ex Nata conf. 133. n. 6. decisio Pedam. 39. num. 29. Roland. decis. 491. nu. 3. part. 1. & conf. 69. num. 44. vol. 4.

11 In secunda quæstione nõ leue versabatur dubium, quia cũ iudex præcipisset Reo, vt solutionẽ probasset, & hæc interlocutoria esset, executioni mandata, quia ipse onus probandi susceperat, & testes produxerat, nec tamen probasset, videbatur necessario condemnandus, in quo illud aduertendum est, quod ex Ord lib. 3. tit. 65. §. 2. potest iudex suam interlocutoriã reuocare, (quæ quando sit interlocutoria, consule Valas. conf. 47. & conf. 51 n. 51. Azeu ad l. 3 tit. 18. lib. 4. nouæ recopil. n. 7. Menoch. conf. 360. nu. 1) Quod ampliatur etiã sine vlla causa, probat l. quod iussit ff. de re iud. ibi, *contrario Imperio*, vbi Bart. nu. 20. Alex. 37. Ias. 49. etiamsi elapsi sint decẽ dies, & interlocutoria transeat in rem iudicatam, c. cũ dilectus 32 de electione, c. significauerũt 36. de testibus, Ord lib. 3. titul. 69. §. 4. quia illud procedit respectu partis, nõ vero iudicis, Ord. d. tit. 65. §. 2. Bart in d. l. quod iussit n 11. Ias. n. 28. Panor. in c. cũ cessante de appel. n. 17. licet Deci. ibi n. 20. aliter sentiat, & hoc inuitis partibus facere potest, & á fortiori nõ citatis, vel ignorantibus, quia in his in quibus ex officio proceditur, partium citatio vel scientia necessaria non est, Alex conf. 147. vol 6. Deci conf. 559 n 8. Neuisan. conf. 86. n. 7. Cephalus cõs. 19. in fin. lib. 1. Rolan. conf. 8. nu. 30. vol. 4. Gutierr. Canoni. lib. 1 c. 34. n. 103. Ord. lib. 3. tit. 55. § 9. & lib. 1. tit. 65. §. 37. & lib. 3. tit. 78. §. 5. & lib. 5. tit. 129. §. 5. Couar. practic, cap. 17. Valas. conf 191. nu. 38.

12 Secundo ampliatur etiãsi pars aduersa appellet, cap. cum cessante de appel. cap. si à iudice eod. lib. 6. Bart. in d l. quod iussit, nu. 12. Ord. d. tit. 65. §. 4. Capi. decis. 1. n. 28. nec obstat cap. cum appellationibus de appel. libr. 6. quia procedit in eo qui sciens appellationem esse friuolam, nihilominus illã recepit, quo casu videtur á se abdicasse iurisdictionem, supradicta tamen limitari debent, quando iam interlocutoria, sit mandata executioni, quia tunc cessat reuocatio, nisi partiũ accedat assensus, gloss. pen. in l. 1. ff. de prætor stipul. Bart. vbi sup n 11. Ias. 10. Ripa 33. in d. l quod iussit, Menoc. de arbitrar. cas. 51. nu. 31. Tiraq verbo reuertatur, n. 309. Aymon. conf 84. n. 4. quia postquã alteri est ius quæsitum nõ permittitur variatio, l. nonnunquã ff. solutio, Ord. d. tit. 65. § 3.

13 Vnde in præsenti hæsitatione, placuit iudicem potuisse ream absoluere, virtute suæ confessionis, non separata qualitate cõfessionis, quia erat interlocutoria, quæ omni tẽpore potuit ex officio reuocari, nec obstat quod videtur executioni mandata, dũ iussum est, vt iustificaret solutionem, quia satisfit, quo illa iustificatio potest fieri, vel probata speciali probatione solutionis, vel per allegationes iuris, probando d. qualitatem nõ esse separabilẽ, quod si quis replicet, in nostro casu, iam fuisse à iudice separatam, & iussum vt probaretur, in specie solutio, satisfit quod fuit simplex interlocutoria, quæ ex officio omni tẽpore reuocari potuit, etiam inuitis partibus, vt supra dixi, quinimó & interlocutoria quam iudex aliàs ex officio esset reuocaturus poterit reuocari, etiam ad instantiam parits ex Ordinat. libr. 5. titul. 124. §. 7. Scriba Basto.

SVMMARIA.

1 *CVstos carceris deposita- rio æquiparatur.*
Non tenetur nisi de dolo, & lata culpa. ibi.
2 *Quando causa depositi prætium recipitur tenetur depositarius de culpa leui.*
3 *Carceratus semper præsumitur fugisse custodis culpa.*
Culpa si magna est dolo æquiparatur. ibi.
Damnum ex fuga parti illatum tenetur resarcire. ibi.
4 *Si is qui aufugit capitalis criminis erat Reus custos illi pœnæ subditur.*
Interpratata Ordinat. lib. 3. titul. 77. §. 4.
Culpa à dolo in quibus distinguatur. ibi.
Dolus quid sit. ibi.
Quælibet causa quæ animum fraudandi excludit à dolo excusat. ibi.
Quando lex dolum punit excusatur qui per latam culpam actum gerit. ibi.
Explicatur Ord. d. §. 4. ibi.
5 *Quando ex culpa leui carceratus euaserit recurrendum est ad ius commune.*
Ex fortuito casu Commentariensis non tenetur. ibi.
Casui fortuito tribuendum si viro nobili credat promittenti se non fugiturum. ibi.

DECISIO LXIX.

Vtrum Commentariensis teneatur de culpa leui, ad Ordinat. lib. 1. titul. 33. & lib. 1. titul. 77. §. 4.

FVrem in vinculis coniecit Emanuel Mendez de Estremos, cumque è carcere euasisset, cõtra Commentariensem egit, vt damnum sua culpa datum sibi resarciret, ille se defendebat, quod cum dolus abesset, nec fuga eius culpa & disidia contigisset, quia cõpedibus vinctum carceratũ detinebat, quod ad nullam damni dati restitutionem tenebatur, maxime quia carceratus erat admodum pauper, nec habebat vnde solueret, quo casu nec ipse tenebatur Actori, ob malam custodiam, nec damnum aliquod actori erat illatum ex fuga, pauperis debitoris (contra quẽ innanis erat actio) quod resarciendũ foret.

1 Obijciebatur Reo, quod licet regulariter, custos carceris qui depositario æquiparatur, ex decisione Petus. 70. num. 6. solum videatur ex dolo & lata culpa teneri posse, prout depositarius quilibet, non tenetur. l. contractus. ff. de reg iur. cap. 2. de deposito, §. penultim. instit. quibus modis re con-

quod eadem sit causa, veluti quia vnũ tendit ad finem, alterius, quia tunc dicuntur capitula connexa cum vnũ, propter aliud fiat, vnde cum solutio ex causa debiti procedat, licet diuerso tempore emanauerit, tamen admittitur, sicque explicabis Bartolum in d. §. idem quæsijt, ex Nata consf. 133. n. 6. decisio Pedam. 39. num. 29. Roland. decis. 491. nu. 3. part. 1. & cons. 69. num. 44. vol. 4.

11 In secunda quæstione nõ leue versabatur dubium, quia cũ iudex præcipisset Reo, vt solutionẽ probasset, & hæc interlocutoria esset, executioni mandata, quia ipse onus probandi susceperat, & testes produxerat, nec tamen probasset, videbatur necessario condemnandus, in quo illud aduertendum est, quod ex Ord lib. 3. tit. 65. §. 2. potest iudex suam interlocutoriã reuocare, (quæ quando sit interlocutoria, consule Valas. cons. 47. & cons. 51 n. 51. Azeu. ad l. 3. tit. 18. lib. 4. nouæ recopil. n. 7. Menoch. cons. 360. nu. 1) Quod ampliatur etiã sine vlla causa, probat l. quod iussit ff. de re iud. ibi, *contrario Imperio*, vbi Bart. nu. 20. Alex. 37. Ias. 49. etiamsi elapsi sint decẽ dies, & interlocutoria transeat in rem iudicatam, c. cũ dillectus 32 de electione, c. significauerũt 36. de testibus, Ord lib. 3. titul. 69. §. 4. quia illud procedit respectu partis, nõ vero iudicis, Ord. d. tit. 65. §. 2. Bart in d. l. quod iussit n 11. Ias. n. 28. Panor. in c. cũ cessante de appel. n. 17. licet Deci. ibi n. 20. aliter sentiat, & hoc inuitis partibus facere potest, & á fortiori nõ citatis, vel ignorantibus, quia in his in quibus ex officio proceditur, partium citatio vel scientia necessaria non est, Alex cons. 147. vol 6. Deci cons. 559 n 8. Neuisan. cons. 86. n. 7. Cephalus cõs 19. in fin. lib. 1. Rolan. cons. 8. nu. 30. vol. 4. Gutierr. Canoni. lib. 1 c. 34. n. 103. Ord. lib. 3. tit. 55. §. 9. & lib. 1. tit. 65. §. 37. & lib. 3. tit. 78. §. 5. & lib. 5. tit. 129. §. 5. Couar. practic, cap. 17. Valas. cons. 191. nu. 38.

12 Secundo ampliatur etiã si pars aduersa appellet, cap. cum cessante de appel. cap. si à iudice eod. lib. 6. Bart. in d. l. quod iussit, nu. 12. Ord. d. tit. 65. §. 4. Capi. decis. 1. n. 28. nec obstat cap. cum appellationibus de appel. libr. 6. quia procedit in eo qui sciens appellationem esse friuolam, nihilominus illã recepit, quo casu videtur á se abdicasse iurisdictionem, supradicta tamen limitari debent, quando iam interlocutoria, sit mandata executioni, quia tunc cessat reuocatio, nisi partiũ accedat assensus, gloss. pen. in l. 1. ff. de prætor stipul. Bart. vbi sup n 11. Ias. 10. Ripa 33. in d. l quod iussit, Menoc. de arbitrar. cas. 51. nu. 31. Tiraq verbo reuertatur, n. 309. Aymon. cons 84. n. 4. quia postquã alteri est ius quæsitum nõ permittitur variatio, l. nonnunquã ff. solutio, Ord. d. tit. 65. § 3.

13 Vnde in præsenti hæsitatione, placuit iudicem potuisse ream absoluere, virtute suæ confessionis, non separata qualitate cõfessionis, quia erat interlocutoria, quæ omni tẽpore potuit ex officio reuocari, nec obstat quod videtur executioni mandata, dũ iussum est, vt iustificaret solutionem, quia satisfit, quo illa iustificatio potest fieri, vel probata speciali probatione solutionis, vel per allegationes iuris, probando d. qualitatem nõ esse separabilẽ, quod si quis replicet, in nostro casu, iam fuisse à iudice separatam, & iussum vt probaretur, in specie solutio, satisfit quod fuit simplex interlocutoria, quæ ex officio omni tẽpore reuocari potuit, etiam inuitis partibus, vt supra dixi, quinimó & interlocutoria quam iudex aliàs ex officio esset reuocaturus poterit reuocari, etiam ad instantiam parits ex Ordinat. libr. 5. titul. 124. § 7. Scriba Basto.

SVM-

SVMMARIA.

1 *CVstos carceris depositario æquiparatur.*
Non tenetur nisi de dolo, & lata culpa. ibi.
2 *Quando causa depositi prætium recipitur tenetur depositarius de culpa leui.*
3 *Carceratus semper præsumitur fugisse custodis culpa.*
Culpa si magna est dolo æquiparatur. ibi.
Damnum ex fuga parti illatum tenetur resarcire. ibi.
4 *Si is qui aufugit capitalis criminis erat Reus custos illi pænæ subditur.*
Interpratata Ordinat. lib. 3. titul. 77. §. 4.
Culpa à dolo in quibus distinguatur. ibi.
Dolus quid sit. ibi.
Quælibet causa quæ animum fraudandi excludit à dolo excusat. ibi.
Quando lex dolum punit excusatur qui per latam culpam actum gerit. ibi.
Explicatur Ord. d. §. 4. ibi.
5 *Quando ex culpa leui carceratus euaserit recurrendum est ad ius commune.*
Ex fortuito casu Commentariensis non tenetur. ibi.
Casui fortuito tribuendum si viro nobili credat promittenti se non fugiturum. ibi.

DECISIO LXIX.

Vtrum Commentariensis teneatur de culpa leui, ad Ordinat. lib. 1. titul. 33. & lib. 1. titul. 77. §. 4.

FVrem in vinculis coniecit Emanuel Mendez de Estremos, cumque è carcere euasisset, cōtra Commentariensem egit, vt damnum sua culpa datum sibi resarciret, ille se defendebat, quod cum dolus abesset, nec fuga eius culpa & disidia contigisset, quia cōpedibus vinctum carceratū detinebat, quod ad nullam damni dati restitutionem tenebatur, maxime quia carceratus erat admodum pauper, nec habebat vnde solueret, quo casu nec ipse tenebatur Actori, ob malam custodiam, nec damnum aliquod actori erat illatum ex fuga, pauperis debitoris (contra quē innanis erat actio) quod resarciendū foret.

1 Obijciebatur Reo, quod licet regulariter, custos carceris qui depositario æquiparatur, ex decisione Petus. 70. num. 6. solum videatur ex dolo & lata culpa teneri posse, prout depositarius quilibet, non tenetur. l. contractus. ff. de reg. iur. cap. 2. de deposito, §. penultim. instit. quibus modis re con-

contrahitur obligat, quod ampliant etiam ad depositum necessarium, de quo in l.1. ff.deposit. Conanus libr.7. cap.4. numer.11. quia etiam illud fit gratia dantis, ex Bellon in d.§ penult. num.9. Sub quo dolo continetur etiã culpa lata, l.quod nerua ff deposit. vbi omnes Decius in d.l. contractus nu 1. Licet obligetur ad eam diligentiam, quam adhibet in rebus suis, d.l. quod nerua, vbi gloss.5. Bart. num.4 Paris. cons.74 num.16. lib 1. tradit Alex.in l.etiam §.1 num.3. ff.solut. matrimon. videndus Donel ad l.1.C. deposit fol. 249. & ad l. procuratorem. C. mandati fol. 293. Barbos. in l. si mora à nu.35.

2 Tamen quando aliquis in vinculis detinendus traditur Commentariensi, cum pro custodia pecuniam recipiat, licet actio depositi non competat, quia non fuit gratuitum, l 3. post princ. ff nautæ Caupon. tenetur tamẽ depositarius, de culpa leui, Abb & omnes in d. cap.2. gloss. magna, & communis in dict. l contractus, & in l.1. §. vestimenta ff. deposit. l.5. §.2. ff.commod. imó & de leuissima l qui mercedem, vbi Paul & Bart ff.locati, explicat late Donel lib.16 iuris ciuil cap.7. Farina.quæst.32. num.14 & 20. Boer. decis.217.

3 Insuper quod semper præsumendum est, carceratum effugisse custodis culpa, quia ille qui tenetur ratione officij, custodiam rei præstare, non liberatur si doceat de fuga, nisi insuper doceat sine eius culpa casum contigisse, ex gloss. in l. 12. titul. 29. part 7. Gomes 3. tom. cap.9. num.11. per tex in l.fin. ff. de custod reorum, gloss. in l.15 titul 8 part 5 Peres in l. 12. titul.14. libr.2. ordinament. Gomes titulo de locato nu.22. Boer. decis.216. Azeued libr.4. titul.23. l.12. num 17. Quæ culpa si magna sit dolo æquiparatur, Gomes d.3 tom. cap.3. num.16. vers. ita probat, pro qua puniri potest corporaliter, vt in Ordinat. libr. 5. titul.48. & titul.77. lib.1 § 3. Azeued. vbi supra num. 18. ex qua necessario sequitur, vt etiam damnum ex fuga parti illatum resarcire teneatur, ex reg l quoties. C. de exactor. tribut. libr. 10. de quo per Gomes in §. pœnales num. 49. instit. de actio. Hypol. sing. 137. Aueud. respons. 22. per tot. Auiles cap 3. prætor. nu.15. sicut aliàs quilibet tenetur qui consulit debitori, vt aufugiat, ne soluat, Azeued. vbi supra nũ. 22 licet qui fugientem recipiat, & occultat non teneatur vt per eundem ibi.

4 Vnde quia circa carcerum custodes, aliqui casus considerari solent, de iure regio & communi, quod attinet ad nostrum propositum, de tribus casibus agam: primus sit, quando ex dolo & lata culpa custodis carceratus aufugit: secundus, quando ex leui vel leuissima culpa: tertius, quando casu fortuito, & quoad primum quando ex malitia, vel manifesta culpa, custodis carceratus excessit, si ex capitali crimine detinebatur, capitali etiam pœna custos plectitur, ex Ordinat libr.1. titul. 77. § 3. aliás pæna verborum Azeued dict. numer 18 citato Puteo verbo carcer cap.3. num.6. & Maranta de ordin iudic. distinct. 1. num. 64. Clarus in pract. § fin. quæst 68 quam pænam etiam quilibet ab eo substitutus subibit, Ordinat. d titul.77. §.4. & in simili libr.5. titul.6. §.2 & libr.1. titul 96. §.1. & titul.99. §.1. & titul.19. § 5. Farinac. quæst.32. numer.49. In hoc tamen est sedulo aduertendum, quod hæc duo quod fuga dolo, vel culpa contigerit, non sunt ita accipienda; vt parificentur, licet in Ordinat. dict titul 77. § 4. videantur hæc duo esse æqualia nam culpa à dolo in eo specifice distinguitur, quod illa ignauiæ, seu negligentiæ tribuitur, ille vero malitiæ, §. præterea institut. quibus modis re, ibi,

ibi, *culpa*, Loriotus de iuris apicibus titul. de reg. iur. axiomat. 137. tex. in l. latæ culpæ 123. ff. de verbor signific. Conan. lib. 7. comment cap, 4 num. 7. dolus autem est caliditas seu fallacia, ad decipiendum. l. 1. §. dolum. ff. de dolo, Decian in tract. criminal. 1. tom. libr. 1. cap. 4. Barbosa in præludijs l si mora num. 1. & 3. ff. solut. matrimon. Vnde fit quod quælibet causa siue iusta, siue iniusta, quæ animum fraudandi excludit, à dolo excusat, l. igitur 12. ibi, *iustis rationibus ductus, vel iniustis*, & ibi, *sine dolo malo* ff de liberal. caus. vnde quando lex dolum punit, excusatur is qui per culpam latam vel ignorantiam, crassam iuris, aut facti, actum prohibitum gerit, Clem. 1. de consanguin. Couar. 2. part. de sponsal. cap. 6. §. 8. num. 21. Salzed. in practic. cap. 84. lit. B. Barbosa in d. l. si morà num. 3. & 8. Valasc cons. 26. nu 4.

Quæ etiamsi sufficiant, vt excusent á dolo, non tamen ita à lata culpa excusabunt, quin in lata seu manifesta culpa, vt ait Ordinatio Regia esse censeatur, quando non adhibuit in custodia eam diligentiam, quam diligentissimus adhiberet, iuxta tres culpæ gradus, de quibus Barbos. vbi supra num. 2. & 35. Decian d cap. 6 ex nu. 7. Sicque explicabis Ordinationem in d. §. 4. dum dolum & latam culpam æquiparat, quod licet detur causa, vt quis in dolo non sit, tamen non liberabitur à manifesta culpa, ob quam pœna legis locum habere debeat.

5 Secundus casus est, quando ex culpa leui carceratus euaserit, de quo leges Regiæ nihil disponunt, nam licet Ordin. lib. 1. titul 33 § 2 in fine se remittat, ad titulum *do Alcaide ou carcereiro*; tamen ille titulus in libr. 5. Ordinationum non reperitur, debuit per incuriam omitti, qua re hoc casu ad iuris communis regulas confugiendum est, secundum quod etiam ex leui culpa, tales custodes tenentur, Farin. d quæst. 32. num 14. & 20. Boer. dict. decis. 217. In tertio tandem casu custos excusatur cum ex fortuito casu minime teneatur, veluti si in loco cõsueto, secundum qualitatem personæ carceratum detineat, ex Suares titulo *de los emplazamientos*. § fin. num. 52. l. 12. titul. 29. part. 7. vbi gloss. verbo pro negligentia, Auiles prætor cap. 18. verbo Carcel num. 15 Boer. decis. 216. nu. 3. Paris de sindicatu cap. 3. num. 6. extendit Azeued vbi supra vt casui fortuito tribuendum sit, si custos viro nobili credat, asserenti se non fugiturum, ex glossæ doctrina in l. Titio fundus ff. de condi. & demonst. Hypol. in pract. crimin num 8. nam licet credulus non excusetur ex l. 1. ff. quod certo loco, excusatur tamen si viro nobili credit, Hypol. cons. 61. num 10. Boer. decis. 217. nu. 9. & seqq. vbi plures enumerat casus in quibus custodes excusantur, Lapus alleg. 126. Grama. voto 29. facit l. argentum ff commod. & quæ Gomes. 3 tom. c. 9 in fine.

Atque ex his d. custodem confirmata iudicis sententia absoluimus, à damno dato quia constitit quod ipse in vinculis detinebat Reum, quando aufugit, quem etiam constabat, nihil in bonis habere, vnde Actori soluere posset, quo casu custodem etiam ad interesse non teneri dixit, Puteus de sindicatu, verbo carcer §. 5 num 4. Pechius de iure sistendi cap. 27. num 6. Brunus de cess. bonorum q. 9. nu. 3.

SVMMARIA.

1 Ordinatio lib. 3. tit. 91. securum reddit creditorem in re sibi addicta.

Iuri offerendi non est locus quando res addicta fuit. ibi.

2 *Vt iuri offerendi sit locus requiritur realis oblatio.*

Ponderata Ordinat. libr. 3. titul. 91. §. 1.

Ius offerendi solum competit hypothecarijs creditoribus posterioribus contra priores. ibi.

Non interest an res addicta sit vel à debitore vendita. ibi.

3 *Antiquiori creditori quando remedium detur contra posteriorem.*

Ius offerendi licet de iure competat posteriori non tamen debet denegari priori creditori si detur causa. ibi.

4 *Ius offerendi non competit contra extraneum emptorem.*

Illa tradito explicatur. ibi.

Licet contra tertium cesset ius offerendi non tamen cessabunt alia iuris remedia. ibi.

5 *Interpraetata Ordinat. libr. 3. titul. 91. §. 1.*

Re addicta creditor ius dominij nanciscitur. ibi.

Rei addictae dominium traditione acquiritur. ibi.

De iure Regio ille cui res addicta est ius dominij nanciscitur, & sola manet actio ad pratium. ibi.

Quod intelligi debet si addictio facta est pratio legitimo. ibi.

Lex dum pratium approbat non intelligitur de pratio doloso & iniusto. ibi.

6 *Prior creditor cui reditus rei addicti fuere non potest ius caeterorũ creditorum debilius redere.*

7 *Explicatur Thesaurus decis. 157. nu. 11.*

Creditor potest impetrare ius dominij vt securus maneat. ibi.

Dato impedimento verbalis oblatio habetur pro reali. ibi.

9 *Explicata Ordinat. libr. 3. titul. 91. §. 1.*

Quando fructus rei viliori pratio distrahuntur adhuc possunt posteriores admitti. ibi.

10 *Posteriores recte postulant vt res in totum distrahatur vt omnibus satisfiat.*

Res locata ad decennium si vendatur viliori pratio quam distraheretur cum laesione aliorum creditorum quid fiat. ibi.

DECI-

DECISIO LXX.

De iure offerendi in re addicta primo creditori, ad Ordinat. lib.3.titul.91.in princip. & §.1.



1 Cum Franciscus de Gouuea pluribus teneretur creditoribus, primus nobilissimus eques Eduardus d'Albuquerque fructus villæ cuiusdam debitoris apprehendit authoritate iudicis, vt in illis per plures annos sibi solueret, instabant reliqui creditores, vt res distraheretur, quoad proprietatem de præsenti, vt ex prætio villæ omnibus satisfieri posset, quasi implorato iure offerendi, vt prior creditor rem subhastari pateretur: ipse renuebat seque tuebatur Regia Ordin lib.3. titul. 91. §.1. quæ primo pignora capientem, quoad cæteros creditores securum reddit, etiam si actionem realem prætendant, iudex sententiam protulit, pro reliquis creditoribus, vt res subhastari posset, in senatu varijs linguis doctissimi patres loquuti sunt, aliquibus namque placuit, iuri offerendi locum non esse, quoties alter ex creditoribus, iudicis authoritate possidebat, cessante eo casu iure offerendi, de quo in l.1. C. si antiquior cred. l. prior Cod. qui potior in pignor. l. potior.§.fin. ff.illo titul. Crauet. consil. 248.Neguf.de pignor.3.part.memb.5. Menoch. libr. 3. præsumption. 121. Marescotus variar. cap. 136. Afflict. decis.16.num 4. Gail.libr.2. obseruat. 18.in addit.num.fin. Cuius opinionis asserebatur autor Thesaurus decis. 157.num.11.

2 Secundo loco ponderabatur quod vt iuri offerendi esset locus, requirebatur realis oblatio, ex his quæ Neguf.2.part 3 membr. quintæ principalis,num 1. Alex in consil 130 lib.4. num.11. de quo est in specie tex in l 1. C qui potiores, Bald. consil 59. num.1. vnde si primus creditor accipere noluerit, obsignatio & depositio in iudicio fieri debet, d. l 1. Carro de locatio 1.part quæst.7. in titul. de obsignatione. Tertio opponebatur de Ordinat. libr.3. titul. 91. §1. quæ tutum reddit priorem creditorem post addictionem etiã cõtra secundũ habentẽ ius reale. Quare pro resolutione notabam quod ius offerendi solum competit, hypothecarijs creditoribus, posterioribus, contra priores, quibus idem pignus datum vel addictum est, l.1. C si antiquior creditor, Faber. in illo titul. thesaurus decis 157.nu 11.non enim interest an propria vel iudiciali authoritate, res distracta sit, ratio est quia contra posteriores creditores non indigent priores iure offerendi, cum illis sufficiat ex sua hypothecaria agere, in qua tanquam priores præferendi sunt, reg. qui prior lib. 6. nec pariter contra tertios ad quos res distracta fuit, quia quoad ipsos actione reali iuuantur, l.prior C. qui potior in pignor. d. l.1.C si antiquior, ibi, *quã si alijs easdem res debitor vendidisset.*

3 Vnus tamen est casus, circa antiquiorem creditorem, in quo contra posteriorem videtur posse dari ius offerendi, nempe quando prior non impediuit addictionem, quam faciebat posterior, quo casu prælationem amittit, & secundo præfertur, cui si ipsa res

addicta sit, viliori prætio, adhuc antiquior potest vti iure offerendi, vt sibi soluatur, quia amisit desidia ius prælationis, non amisit tamen ius exigẽdi sui debiti per suã hypothecam quæ non cessauit, quousque sibi soluatur, licet eneruata remanserit respectu illius posterioris creditoris, quia cum hoc beneficium concedatur posteriori creditori, non debet denegari priori, qui posterior effectus est, quia non comparuit pungit Faber. lib. 8. tit 17. diffinitione 27. sub titul. an pignora iam vendita, &c.

4 Alter casus est respectu extranei, cui res ipsa tradita fuit, quod etiamsi contra extraneum emptorem rei hypothecatæ, non competat ius offerendi, tamen illud intelligendum est, quando de manu debitoris vendita res fuit, vel si antiquiori creditore instante, res distracta fuit, d. l. 2. C. si antiquior creditor. At vero si à debitore res data sit, in solutum antiquiori creditori, contra quem competebat oblatio, & ipse in tertium transferat, tunc contra tertium ius offerendi dabitur, ratio est, quia tunc emptor rei obligatæ, eam emit illo onere offerendi affectam, & contra ipsum, transit eadem actio realis, quæ rem sequitur, ex vulgaribus principijs, l. Imperatores ff. de publican. ibi prædia ipsa conueniuntur, Ordinat. libr 4. titul 3. in princip. de quo est notabilis decisio Afflict. decis. 16. ad fin. Deinde quod licet contra tertium cesset offerendi ius, non cessabit tamen aliud iuris remedium, veluti si res minori prætio distracta sit, ita vt detur læsio intra dimidiam, vel vltra, quo casu secundus creditor non impedietur agere ad valorem rei quia vt cesset hæc actio debet distrahi iusto prætio facit l. 2. C. si antiquior, ibi, *recte distrahere &c.*

5 Vltimus labor est cum lege Regia lib. 3. titul. 91. §. 1. & lib 4 titul. 6. §. 3. an sit sublatum ius offerendi ex dispositione illarum legum, & videtur quod sic, quia re addicta priori creditori hypothecario ipse ius dominij ab ipsa lege nãciscitur, nec oportet vt ius dominij impetret, vt fiat dominus, quia traditione rei addictæ dominium acquirit l. traditionibus. C. de pact. §. per traditionem instit. de rerum diuis. Maximè quia licet respectu venditionis, quæ fit ab ipso debitore, emptor indigeat iuris dominij impetratione, ex l. 1. & 2. C. de iur. domi impetrand. Ord. d. titul. 6. vt verus fiat dominus & securus contra creditores hypothecarios, tamen in addictione aliud est in qua authoritate legis dominium ipsum transit, nec obstat quod factum iudicis reputatur factum partis, & adhuc competit eo casu oblationis ius, vt per Fabrum vbi supra Thesaurum d. num. 11. quia respondetur quod licet ita sit de iure communi, tamen de iure Regio aliter se res habet, secundum quod ius dominij naneiscitur ille, cui res addicta est, ne amplius ab eo auelli possit, solumque alijs creditoribus quoad prætium restat actio, d. § 1. in fine. d. titul. 6. §. 4. ibi, *E a cousa arrematada fique sempre salua ao comprador*: manet itaque sola actio ad prætium argum. l. pecunia C. de priuileg. fisc. & eorum quæ Gregor l. 11. titul. 14. part. 5. Couar practic. cap. 29. Paz in praxi 1. part. §. 14. numer. 21. Azeued. l. 41. titul. 4. libr. 3. Amator Rodriguez de concursu creditor c. 1. numer. 3. & 4. facit l. item veniunt §. præter hæc ff. de petit. hæred vbi vendita hæreditatis re, bona fide non vindicatur sed agitur ad prætim ipsius.

Verum hoc limitandum est, quando emptor in publica licitatione, rem emit bona fide, & iusto ipsius prætio, non vero quando viliori quam valeat, ratio est quia d. Ordinationes denegant offerendi ius supposito quod prætium rei manet, vt cæteris creditoribus satisfiat, vt in d. §. 1. ibi, *sua execução no ditto*

in ditto preço, quod prætium quando à lege exprimitur debet intelligi de iusto prætio non de iniusto & doloso vel cum læsione partis, nec aliud probat Ordin. d. titul. 6. §. 2. ibi, *sobre o preço porque a arrematação foi feita*, vbi non de prætio iusto, sed de illo agit, quo res addicta fuit, quia illa verba non approbant prætium iniustum rei, cũ læsione partium, quia licet læsio intra dimidiam tolleretur, ex l. 2. Cod. de rescind. non tamen commendatur nec præcipitur, imò qui cum tali læsione emit tenetur restituere: debet ergo hoc iudicis arbitrio relinqui vt videat an res empta fuerit intra illa tria prætia rerum, infimum medium & summum, quia si ab his emptor deflectat, secundo creditori ius offerendi ademptum non est. Vnde cum lex Regia ius offerendi tollat quia prætium loco rei successit debet intelligi de tali prætio quod rei correspondeat, alias quando ita non fiat manet casus in dispositione iuris secundum quod ius offerendi non cessat.

6 His sic prælibatis placuit iuri offerendi locum fore in hoc casu quia prior creditor cui fructus addicti sunt, non potest ius cæterorum creditorum debilius reddere, ne res statim distrahatur, vt omnibus satisfiat, argum. l. in creditore 38. in fine. ff. de euictio, ibi, *quod sine dispendio creditoris futurum est*: non obstante enim addictione iudiciali, ius offerendi durat, Thesaurus d. decis. 157. nu. 2. Neguss. 1 part. 5. memb. quintæ principal. num 17. Riminald. lib. 1 consil. 3. num. 921. in specie Faber in Codicem sub dict. titul. C si antiquior creditor, quia factum iudicis censetur factum partis, l. si ob causam 17. C. de euictio. l. 1. C. si in caus. iudi. pignus.

7 Cui veræ resolutioni non obstant, quæ in principio ponderabam, ex sententia Thesauri dict. decis. 157. num. 11. qui ibi non negat ius offerendi, durare etiam priori creditori rẽ addicta, sed agit de alio casu longe diuerso, nempe quando creditor ante addictionem ius dominij impetrauit, iuxta l. 1. & sequentes. C. de iure dom. impetrand. vocatis & citatis reliquis creditoribus, de quo apud nos est Ord. lib. 4. titul 6. eo namque casu creditor non possidet iure creditoris, sed iure dominij, & merito eo casu secundus creditor iure offerendi priuatur, quia non licitauit argum l. si finita § postquam. ff. de damno infecto, ex sententia Bald in l fin. C de bon. author iud. possiden facit l. obligata C. si antiquior creditor, Tiraquell. de retract. municip. § 8 gloss. 7 num. 12. Decius consil 592. per tex in l. si rem alienam ff. de pignor. actione, & vt veriorem de iure sequitur Cephalus consil 298. num 16. faciunt quæ Franchis decis. 69 & Ozascus decis 135 Capi decis. 41. num. 10. in idem Cephalus consil 550. lib. 4.

8 Nec pariter obstat secundo loco obiectum, quia illa oblatio requiritur vbi partes non recusant, aut impugnant ius offerendi, quia adhuc nõ datur offerendi tempus, dato namque eo impedimento verbalis oblatio habetur pro reali, ex Bart. in l. vxorem. §. agri ff. de legat. 3. Neguss. 2. part. memb. 3. quintæ principal. num. 71 Surdus consil 96. num. 29. Barbosa in l. si mora num. 45 & seq.

9 Ad vltimum de Ordin. libr 3. tit. 91. § 1. satisfit quod illa Ordinatio tollit ius offerendi re distracta iusto prætio, & non alias vt supra diximus, & deducitur ex d. l 2. ibi, *recte distrahente, &c.* deinde procedit quando res in totum distrahitur non vero quando solum ipsius fructus ad tempus venduntur, quia eo casu non impeditur rei principalis venditio quæ nulli addicta fuit, vnde quando ipsi fructus rei viliori prætio addicti forent adhuc posteriores creditores possent quasi

per

per ius offerendi admitti, offerendo prætium, addictionis fructuum vt res ipsa statim distrahatur,& quod magis est si aliqui essent anni decursi, possent petere vt emptor suppleret prætium pro singulis annis, si forte res viliori prætio fuisset addicta, quia ius offerendi non cessat nisi re empta iusto prætio.

10 Vnde sine dubio est quod posteriores creditores, possunt admitti ad offerendum, quando res in totum addicta non sit, vel quoad fructus tantum, quia recte postulant, vt tota de præsenti distrahatur, vt omnibus satisfiat, sic oblato prætio priori creditori, cui fructus insolutũ pro 10. annis dati fuere, ne cum incommodo non paruo expectent decennij cursum, vel re de præsenti distracta omnibus non sufficiat, quia viliori prætio sic obligata distrahenda est, illa enim prima addictio fructuum habetur adinstar locationis quæ re distracta extinguitur, & eam videtur habere conditionem vt duret quousque vendita sit argum. l.emptorem C.locati, vnde patet quod Ord. d.§.1. non agit de hoc casu, quia ibi secundus creditor admittitur, vt priorem excludat, vel á re ipsa vel à prætio ipsius, in iure autem offerendi, prior creditor non excluditur, vt fraudetur in suo debito, sed vt illico illi satisfiat, quare est diuersus casus ab illo de quo in d.§ 1. & in Ordin libr. 4. titul 6. §. 3. Sicque illam legem Regiam ius offerendi non tollere iudicauimus insuper loquitur in quocunque creditore. ius autem offerendi inter solos hypothecarios locum habet d l prior C.qui potior. cum alijs supra citatis.

SVMMARIA.

1 *Hodie soli marito competit adulterij accusatio.*

Ciuiliter etiam mariti hæredes admittuntur.ibi.

2 *Differentia constituenda est quãdo hæredes agunt defuncto iam marito, vel defuncta iam vxore.*

Lite contestata marito mortuo transit ad hæredes ipsius actio.ibi.

3 *Si vxor moritur de adulterio accusata ante sententiam prosequi potest accusatio.*

Mortuo delinquente regulariter delictum, & eius pæna extinguitur.ibi.

Lite contestata pæna pecuniaris transit in hæredes.ibi.

Quasi contractus celebratur tempore litis contestatæ.ibi.

Ex dicto quasi contractu actio pænalis persequtoria fit.ibi.

4 *Defuncta vxore omnis perimitur actio.*

Si maritus egit criminaliter iam ad dotem agere non potest.ibi.

Actio pænalis ciuiliter intentata perpetuatur in hæredes.ibi.

Secus si ad vindictam.ibi.

Quando agitur per viam accusationis cessat quasi contractus.ibi.

5 *Si maritus agit ad vindictam non perpe-*

perpetuatur actio ad dotem.
Explicata Ordin. libr. 5. titul. 25. §. 7.
De iure communi marito agenti ciuiliter bona vxoris applicabantur non vero criminaliter. ibi.
Explicata auth. sed hodie C. de adulter. ibi.
Lex Regia amplectitur opinionem Bartoli. ibi.

6 *Actio ad separationem thori pertinet ad forum Episcopi.*
Perempta criminali actione ciuilis non superest ne admittamus persequtoriam in bonis defunctæ vxoris. ibi.
In persequtorijs nulla litis contestatio necessaria est. ibi.
Persequutoria non enumeratur inter actiones quæ ex delicto nascuntur. ibi.

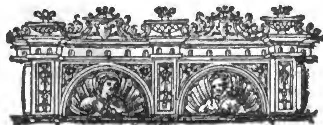
7 *Explicata l. in honorarijs ff. de actionib.*
Persequtoria aliquando mixta est quia aliquando pœnam aliquando damnum resarciri postulat. ibi.

8 *Mortua vxore accusata ante sententiam hæredes mariti non admittuntur.*
Explicata Ordinat. libr. 3. tit. 82. §. pen. ibi.
Explicata l. fin. C. de adulterijs. ibi.

9 *Adulterij pæna ipso iure non incurritur.*
Læsæ maiestatis crimen non ipso iure incurritur. ibi.
De iure Regio ipso iure incurritur si crimen est notorium. ibi.
Explicata l. quisquis. ff. ad l. Iul. maiest. ibi.

10 *Si instituto iudicio vxor moriatur eius bona libera remanent.*
Valet ipsius testamentum, & nominationes. ibi.
Explicatur Ordinat. libr. 4. titul. 81. §. 1.
Nominatio efficitur caduca sequta mortis condemnatione. ibi.
Explicata lex Regia d. titul. 82. § fin.

11 *In hoc regno mortua accusata cessat criminalis & ciuilis actio.*
In hoc regno pecuniaria ex delicto criminalis est. ibi.
Explicata Ordinat. libr. 3. titul. 18. §. 14. ibi.
Iniuriarum actio apud nos est criminalis. ibi.



DECI-

DECISIO LXXI.

An vxor accusata de adulterio possit nominare ad emphyteusim, & an nominatio caduca efficiatur sequta sententia circa dotem, ad Ordinat. libr. 3. titul. 25. §. 5.



CVm M. esset accusata á marito de adulterio, pendente accusatione decessit maritus, & expostfacto ipsa vxor etiam obijt, suumque condidit testamentum, in quo domus Sanctæ Misericordiæ, huius almæ vrbis, emphyteusim perpetuam reliquit, cuius possessionem cum fratres dictæ domus Misericordiæ apprehendissent, eam titulo venditionis in tertium transtulerunt, quidam ex filijs defuncto patre accusationē prosequtus fuit, & eo accusante mater decessit, contra quam sententia lata fuit respectu bonorum, qua pronuntiatum extitit ipsam dotem omisisse, quam filijs iudex in dict sententia adiudicauit, qui lata sententia, contra domum Misericordiæ rei vindicationem mouerunt, vt sibi emphyteusim dimitteret conuento insimul tertio possessore, & tandem lata sententia, contra Reos causa delata fuit ad senatum, duobus prioribus dominis placuit vt confirmaretur, eam sequti opinionem quod res ipsa præcise tradenda erat, posterioribus quod sola æstimatio rei debebatur, cumque quinto deliberassem loco sequentiam notabam.

1 Primo quod hodie soli marito licet adulterium accusare. l. quamuis 2. C. de adult. Ordin. libr. 5. tit. 25. §. 3. quæ solum maritum genitalis thori vindicem esse voluit, quod tamen intelligendum est criminaliter, ciuiliter namque ad dotis amissionem, etiam ipsius mariti hæredes admittuntur, l. consensu C. de repud. cap. tuæ de procura. si modo maritus ignorauit adulterium, dum vixit vt ante Valasc. consf. 169. num 6. & seqq. Gama decis. 234. Aretin. Roman. & alij in l. rei iudicatæ ff solut. matrimon. resoluit Tiraq. in l. si vnquam, verbo susceperit, num. 196. Couar. de sponsalib. 2 part cap. 7. §. 6. num. 9. Costa in cap si pater fol. 93. num. 32. quos sequitur Caldas Pereira verbo læsis nu. 26. vers quare ad med. licet aliter sentiat Gomes. l. 80. Tauri num. 68.

2 In quo duo casus distinguendi sunt: primus, quando hæredes agunt, defuncto iam marito: secundus, quādo agunt defuncta iam vxore. Primo casu, si maritus antequam moriatur litem contestatus sit, super adulterio videtur quod transit ad hæredes ipsius eadem actio, & ius accusandi, l. vnica C. ex delictis defunctorum. l. omnes pænales. ff. de actio & obligat. quod comprobatur ex Ord. lib. 5 tit 122. in princip & titul. 25. §. 5. in hæc verba: *E morrendo o marido que accusaua sua molher, despois da lide contestada não ficarà a accusação extincta, mas procederseha na accusação ate final sentença, não auendo parte a que por direito pertencer á accusação*: quæ verba ad hæredem diriguntur licet

apud

apud Hispanos hoc fieri non posse, testetur Gregor. Lopes in l. 3. verbo despues, circa finem titul. 17. part. 7. qui hæredibus accusandi criminaliter nullam facultatem concedit, ad quod illum citat D. pater meus in d. l. vnica. 2. part. á num. 19. & seqq.

3 In secundo vero casu quando vxor accusata de adulterio ante sententiam decedit vrgens est quæstio an prosequi posit accusatio ab ipso marito quoad bona vel eo mortuo ab eius hæredibus, & videtur quod sic, quia licet regulariter, mortuo delinquente delictũ & eius pæna extinguatur, iuxta tex. in l. defuncto ff. de publici. iudic l. ex iudiciorum ff. de accusatio, ibi non alias pænæ transeunt contra hæredes. quam si lis fuerit contestata, & condemnatio sequta, nihilominus si antequam moriatur lis contestata fuerit super delicto actio pænalis si pecuniaria est perpetuatur in hæredes idque propter quasi contractũ qui tẽpore litis contestatæ celebratur iuxta l. 3. §. idem scribit ff. de pecul vbi Bart. num. 3. ex quo quasi contractu actio pænalis persequtoria fit argum. tex in § sequens instit. de actio, ac per consequens ad hæredes transit, l. qui pro fure ff de condict. furt. § vlt l. 4. §. fin ff. de damno infect. l. si mulier. §. penult ff de action. rerum á mot.

4 Verum adhuc obstat, quod defuncta vxore, omnis criminalis actio perimitur, solaque super est ad dotem, quæ etiam cõquiescit, respectu mariti, qui cum semel criminaliter egisset, iam ad dotem nullo modo agere potest finito criminali iudicio morte delinquentis, explicat Valasc. d. consi. 169. num. 19. Cuius rei est ratio quia licet actio pænalis perpetuetur in hæredes, lite contestata, vt supra dixi, illud procedit quando actio pænalis ciuiliter intentatur, ad cõmodum partis læsæ, vt in actione furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, & similibus, nam si criminaliter intenditur ad vindictã vel de pæna applicanda fisco, non aliter transit ad hæredes, mortuo delinquente, quam si eo viuo condemnatio fuerit sequta, à qua provocatum non est, glos verbo sequta in d l. ex iudicor. explicat Bart. Alberi. & Angel. ibi Gomes. 3. tom. c. 1. num. 82. Clarus §. vlt. quæst. 51. num. 16. Menchac. vsufrequentium. q 196. á nu. 19. quia in pænis ciuilibus pars læsa agit per viam actionis, petendo quod sibi debetur, iuxta princ. instit. de actio, & censetur creditor, delinquens vere debitor, l si cui 12. vers. sed si ff. de verbor. signi. atque ideo respectu illius debiti, potest habere locum quasi contractus, de quo in d. §. idem scribit. At vero quando agitur, per viam accusationis, iuxta princ. instit. de publi. iudic. tunc cessat quasi contractus.

5 Vnde cum in præsenti maritus ad publicam egerit vindictam, defuncta vxore, non est cur ad dotem perpetuata censeatur actio, quam sicut maritus persequi non potest, sic & pariter eius hæredes, qui ipsum repræsentant, ad quod pondero eleganter Ordinationem eod. titul. 25. §. 7. vbi non permittitur marito, bona vxoris habere, nisi quando illam accusauit, ita vt ad mortem condemnetur, inter dicitur ergo marito dotis persequtio, per se considerata, & in dependenti à criminali accusatione: quod tamen videtur de iure communi esse aliter dispositum, secundum quod marito agenti ciuiliter bona applicabantur, criminaliter vero non, de quo est tex. in auth sed hodie C de adulter Alex. l. cum mulier num fin. ff. de solut. matrimon. Couar. de sponsal. 2. part cap. 7. §. 6. á num 4. Gomes l. Tauri 80. nu. 47. Paulus consi. 147. numer 3. libr. 2. atque ob id varios intellectus patitur textus in d auth. sed hodie, quos citat Aretin. in l. rei iudicatæ, § 1. ff. solut. matrimon. post num. 3. Bald. nouel.

de dote 7.part.priuil.11.num.15.sequuta tamen fuit lex Regia dispositionem tex.in auth.matri & auiæ §.quia vers. plurimas collat.8. vbi actum fuit criminaliter,& tamen dos marito applicatur, prout etiam voluit Bart. in l. miles.§ socer in fine.ff.de adult. cuius opinionem lex Regia ibi amplectitur,ea ratione quia cum cesset pæna iuris communis,& destributio de qua in d auth Valasc d.consl.169. num.19. & cum mulier capite puniatur, merito marito agenti criminaliter dotem concedit.

6 Quod si quis replicet hanc ordinationem non negare marito agendi ciuiliter facultatem, quia tantum agit de marito criminaliter agente, crimine non perfecte probato, ita vt ex eo pæna capitis infligatur, non tamen per subauditum intellectum debet admitti, ne ciuiliter agere possit, contra vxorem ad dotis amissionem, contra vulgares Doctorum traditiones, in d.cap.tuæ, & in cap. plerumq; de donatio inter vir,tamen negari nō potest,quod licet maritus ad dotem,& thori separationem agere possit, de eo ordinatio Regia non egit, quia illa actio pertinet ad forum Episcopi,quia agitur de separatione thori, vt per Gomes in d l.80 post n.47. Couar. d. cap 7. §.6. num.8. Valasc. d.num.19. quamuis contra senserit Decius consl. 112.nu.2.credens agi posse in sæculari. Atque ideo cum actio criminaliter mota non conueniat petitioni dotis, quæ in alio foro agitari debet,in ciuiliter interprætabimur, cessante criminali, ciuilem superesse, esset enim admittere persequtoriam ex crimine, ad bona defunctæ vxoris, quam si admitteremus frustra Ordin. Regia consideraret litis contestationem,cum in persequtorijs nulla litis contestatio necessaria sit,l.4.§.vltim. ff.de damno infect. l.si mulier §. penult. ff. rerum amotar. citati à Couar. libr.3. variar. cap.3. num.7 Duenas reg.13. limit. 12 Mench.vsufreq.q.99.num.27.Bart.in l.1.ff.de priua delict.nu.3.& verius est, de iure ciuili quod persequtoria non enumeratur inter actiones quæ ex delicto nascuntur, §.ex maleficijs instit. de actio, licet de iure Canonico aliter sit, ex capite vlt.de sepul.cap.in literis de raptor. cap. tua nos de vsur. & de iure ciuili idem dicendum esse asserat Couar. vbi supra d.nu.7. & in reg peccatum 2.part.in princ.

7 Nec aliud probat l.in honorarijs 35. ff. de actio,& oblig. quia Iurisc. ibi explicat persequtoriam tantū materialiter, nec loquitur de ea, quando mixta sit, quia ex altera parte pænam ex altera damnum resarciri postulet, prout si quis petat damnum ex homicidio, vel incendio illatum, quia tunc negatiue responderet, §. sequens instit de actio, Duaren. ad titulum de actio cap.vlt.in fine.

8 Respectu autem hæredum mariti,idem videtur resoluendum, quod agere nequeant nouo instituto iudicio, ad dotis amissionem, de quo est Ordinatio lib.3.titul.82.§.penult. ibi, *E se alguum homem fosse condenado por tal crime, porque segundo direito, deue perder os bens, por sentença dada contra elle, & pendendo à appellação elle morresse fica o feito findo, não somente quanto á pena do corpo, mas ainda quanto a pena dos bens, saluo se o crime fosse tal em que o direito stabeleceo, que pello mesmo feito, somente se percão os bens, sem outra sentença:* & attento iure communi veriorem dicit Gomes d.l 80 num.69. Auiles prætor. fol.11. in princip. in fine, Palatius in Rubr §.34. num.5. pro qua est tex. in d.l ex iudiciorum.C.de accusatio, citat plures Barbosa 1.part.l.2. num.130. licet contrariam sententiam amplectatur D.pater meus ad d.l.si curatorem, verbo læsis num.26. & sequentibus motus, ex l.fin.C.de adult. vbi videtur cōprobari ad dotis amissionem

agi

agi posse, contra heredes vxoris, etiam lite non contestata, super actione ciuili, sed ille tex. vt bene aduertit Barbosa, agit de restitutione dotis, supponens dotem esse penes maritum, quā dum repetunt hæredes vxoris, maritus eos exceptione adulterij repellit vbi supra num. 133.

9 Ex quibus in præsenti quæstione illa resolutio videbatur amplectenda, quod cum adulterij pæna ipso iure non incurratur, sed per sententiam, cum nec læsæ Maiestatis pæna ipso iure incurratur in hoc Regno, nisi quando crimen notorium sit, ex Ord. libr. 5. titul. 6. §. 10. Et de iure communi veriorem adstruunt Viuius libr. Comun. verbo confiscari, Gigas de læsa Maiest. titul. de pænis quæst. 25. num. 3. Bart. in l. post contractum ff. de donatio. Gabriel lib. 7. titul. de criminal. caus. conclus. 11. num. 1. nec aliud probat l. quisquis. ff. ad l. Iul. Maiest. ibi; *bonis fisco nostro addictis*, quia etiā referri possunt ad sententiā, licet in hoc crimine illud sit speciale, quod etiam lite non contestata, pæna ad hæredes transeat, contra regul. d. l. ex iudiciorum, Gomes. 3. tom. cap. 1. nu. 80. Clarus §. fin. quæst. 51. nu. 12.

10 Inde fit quod si instituto criminali iudicio vxor moriatur, omnia eius bona libera remaneant hæredibus, ipsiusque valeat testamentum, & nominationes emphyteuticæ, quas nominatus, non ab ipsa nominante, sed à primo cōcedente accepit Gama decis. 5. nec habet locum in his nominationibus Ordinat. libr. 4 titul. 81 §. 1. vbi caduca efficitur nominatio sequta mortis condemnatione, de quo D. pater meus Franciscus de Caldas Pereira de nomi. quæst. 5. quia in nostro casu ante sententiam criminalem vxor decesserat, quod si in iudicio sæculari agi posset ad dotis amissionem, ex reg. dict. l. fin. Cod. de adulterijs, illud tunc haberet locum, quando viuente vxore actio moueretur, & lis esset contestata, ex regul dict. l. vnicæ Cod. ex delict. Barbosa vbi supra numero 130.

11 Quod si quis replicet in nostro casu institutam fuisse accusationem criminaliter, ad punitionem criminis, & ciuiliter, ad amisionem dotis, seu incidenter, l interdum. ff. de public. iudic. vbi Cuiat. in libr. 37. Pauli ad edictum 1. tom. fol. 1346. & seq Barbosa in l si ab hostibus numer. 50 ff solut. matrimon. ita vt lite contestata, super ciuili actione, illa transire debeat ad defuncti hæredes, ex regul l. vnicæ. Cod ex delict. defunct. Tamen circa petitionem bonorum actio extincta est, vt aperte probat dict l Regia dict. §. fin vbi sententia iam lata quoad vtrumque iudicium conquiescere docet, ex ea ratione, quia in hoc Regno, omnis pæna etiā pecuniaria quæ ex delicto nascitur, non ciuilis, sed criminalis est, quia criminalis causa à ciuili in nullo alio discernitur, apud nos, quam quod prima criminis prosequitur vltionem, secunda rem ipsam sublatam repetit, vel damnum in patrimonio datum, Ordinat libr. 3. titul. 18. §. 14. Correa in fragmentis fol 17. versic. quarto criminaliter, adeo vt iniuriarum actionem apud nos esse criminalem semper sentiat, quia ex ea nihil petitur quod patrimonio ademptum sit, ex ratione Pauli in l. cum emancipati § emancipatus. ff. de colla. bonorum, quia de iure nostro nulla est iniuriarum actio ciuiliter mota, cuius opinionis fuit Primarius professor Ludouicus Correa Præceptor meus colendissimus, & vir indefessi laboris, & excelli ingenij in scholijs ad rub. de iudicijs.

Vnde quia iam per præcedentes dominos, euictum erat vt confratres

Sanctæ Misericordiæ emphyteusim alienatam traderent, & alijs votis placebat vt æstimationem ipsius, licet ego sentirem ad neutrum eos teneri tamen accesi voto dicentium vt solueretur prætium quo res distracta fuit.

Postea cum processus exiret, & partes viderent quæ scripseram in processu impedimenta obtulerunt per viam restitutionis vt domus Misericordiæ subleuaretur, & res sub iudicibus est.

SVMMARIA.

1 *LIBER diffamatus quod sit seruus potest agere ex l. diffamari pro sua libertate.*

2 *Pactum iniectionis manus valet tam in contractibus quam in vltimis voluntatibus.*

Seruus vel ancilla sub ea conditione vendi potest vt exportetur. ibi.

Si in loco prohibito seruus inueniatur licet domino manum injicere. ibi.

An dominium serui acquiratur sine noua apprehensione. ibi

Aliud est si seruus extra locum manumittitur, & liber factus ad locum prohibitum redit ibi.

Eo casu soli fisco competit actio. ibi.

Si tamen fiscus vendat quia tenetur vendere sub eadem conditione, si tunc in loco prohibito inueniatur domino manet saluum ius injiciendi manum. ibi.

3 *Ignorantia iuris obscuri quando releuat.*



DECI-

DECISIO LXXII.

An quando seruus exportandus venditur possit si in loco prohibito inueniatur in seruitutem redigi, ad Ordin. libr.4. titul.63.

CVm Gracia Simoa ex lege venierit exportanda, ne in oppidum de Torres nouas, & intra decem leucas ab eodem oppido ingrederetur, emptor ancillam egressus locum prohibitum post aliquot annos manumisit, quæ cum Didaco Fernandez nuberet, se putans prohibitione antiqua non adstringi, in eundem locum, vna cum marito se contulit, cumque ibi in conspectu antiqui domini resideret, ipse eam in seruitutem reuocare volebat, ob non seruatam legem contractus, & manus iniectionem minabatur.

1. Cumque ipsa & maritus vellent esse certi, de proprio statu, actione legis diffamari contra eum agunt, vt declarentur liberi, & ne in posterum in sua quasi possessione libertatis molestari valeant, agitata lite iudex eam liberam pronuntiauit, & in eodem loco commorari posse, delata causa ad Senatum confirmari placuit, eo tamen addito, vt alibi degeret, & seruata lege contractus intra decē leucas exularet.

2. Cuius rei illud fundamentum est, quia pactum in venditione appositum iniectionis manus, licitum est, tam in pignoribus vt in l. creditores C.de pignorib. gloss. verbo contrectare in l.cum creditor ff. de furt. l. 1. & per tot C.de pact.pignor. quam in vltimis voluntatibus, vt in l.Titia cum testamento.§.1. & ibi gloss. verbo non sic ff.de legat.2. sicut & in contractu emptionis, vt in l.si quis sub hoc pacto ff.de contrah. emptione, l.si Titius.ff. de seruis exportand quod pactum paratæ executionis vocat Collerus de processf.executiuis.1.part. cap.5.nu.10. & seqq. Vnde fit quod seruus, vel ancilla, sub ea conditione vendi possunt, vt exportentur, vel ne intra certum locum degant, sub pacto manus iniectionis, vt exprimitur in d. l. si Titius, & in l 1. ff. de seruis exportand. l. 1. C. si seruus exportandus veneat, quia tamen plura hic incidere possunt, sequentes casus enumero, primus si contra legem cōtractus in loco prohibito detineatur à domino, vel ab alio eo volente, & tunc antiquo domino licet manum inijcere, & in pristinam reuocare seruitutem, Menoch. de adipiscend remed.5.nu.54. Caldas Pereira de emptio.cap.25.numer.43. Et licet controuersum fuerit, an eo casu dominium acquiratur, sine noua serui apprehensione, & ex multorum sententia requiratur apprehensio, tamen ex sententia Vgolini, quem citat gloss. in dict.l.1.in fin. ipso iure dominium transfertur prout de iure verius existimat dominus Franciscus de Caldas Pereira ad l. si curatorem, verbo sua facilitate num. 57. prout in fisco transferri dicit d.l. 1. non præambula apprehensione actuali. Secundus casus est quando seruus extra locum manu-

manumittitur, & liber factus ad locum prohibitum reddit, & eo casu dominus non admittitur, vt illum vindicare posit, l 1. Cod. si seruus exportandus veneat, ratio est, quia cum cōtractus innitium sumpserit in persona contrahentium, l. quæcunque gerimus ff. de actio & obligatio, nec cum seruo aliquis contractus celebrari potuerit, & modo nouus effectus homo sit (talis enim est ille qui à seruiture ad libertatem exit) soli fisco competit actio ad vindicandum, illud crimen, & seruo adimitur libertas tanquam ab indigno, & fisci seruituti subijcitur, Bald. in d. l. 1. vbi Salycet. & in l. 3. eod. titul. vbi Acursius verbo vindicetur: vnus tamen casus est, in quo seruus poterit ad dominum antiquum reuerti, veluti si fiscus qui seruitutem reuocat, tanquam ab indigno seruum iterum vendat, quia eo casu tenetur vendere cum eadem conditione, vt exportetur, nam si aliter vendat, & in loco prohibito reperiatur, antiquo domino saluum manet ius inijciendi manum, Bald. in dict. l. 1. quia formæ primæ redditur licet mutetur status, l. mulier ff. de captiuis, nec aliud probat dict. l. si Titius. ff de seruis exportand. procedit enim in seruo in seruitute constituto, non vero effecto libero.

3 Ex quibus in præsenti ancilla cum libera effecta nupsisset, & prohibitum locum cum marito ingrederetur, non potuit in seruitutem reuocari, ab antiquo domino, sed à fisco. Nihilominus tamē quia ipsa nō bene agit dum in eodem loco impuné viuere prætendit, id enim non patitur lex primi contractus, meritò illi assignandum tempus est conueniens, vt è loco exeat, aliàs à fisco vindicetur, quod ex ea ratione placuit, quia cum vterque maritus, & vxor, ad patriam accesissent, cum ignorantia iuris, æquitas non patitur, vt pœnam incurrant, maxime quia cum á marito adducta fuisset, coacta præsumi debet, cum teneatur obtemperare, nec obstabit quod ignorantia iuris, non solet excusare, reg. ignorantia de reg. iur. libr. 6. nam quando ignorantia est iuris obscuri, legitimam præbet excusationem eleganter Costa in cap. si pater, verbo vxorem num. 8. Valasc. conf. 83. numer. 23. notat Cuiac. 2. tom. fol. 644. lit. B.



SVM-

SVMMARIA.

1 
Eruus pro sua libertate in iudicio stare potest.
Vxor in possessorijs stare potest in iudicio. sine marito. ibi.
Vxori in hoc Regno interdicitur facultas standi in iudicio sine mariti consensu. ibi.
Vxor sola non annullat venditionem à marito factam sine ipsius authoritate. ibi.
Contra alienata in concubinas sola vxor agit de iure Regio. ibi.
Interpraetata Ordinat. libro 4. titul. 66.
2 *Liberi hominis venditio nulla est.*
Valet tamen contra ipsum venditorem. ibi.
Nec si volens quis se seruum dixerit sibi nocere potest.
Explicata l. sin autem. §. sed si puerum. ff. de rei vindicatio. ibi.
Explicata l. 1. C. de infantib. expositis.
Expensae factae in erudiendo infante quomodo solui debeant. ibi.
Differunt expensae factae in area aliena, vel in alieno seruo. ibi.
Doctrina serui inter vtiles impensas connumeratur. ibi.
Vtiles impensae soluuntur nisi dominus sit paratus pati vt abradi valeant. ibi.
Expensas vtiles tunc dominus non soluit quando non aliter solnet nisi vendita ipsa re meliorata. ibi.
Aliud est in eruditione pueri cuius scientia abradi non potest. ibi.
Quando dominus sit diues necessario sunt soluendae impensae in erudiendo seruo. ibi.
Explicata l. apud celsum. §. si minor ff. de dol. exceptio. ibi.
Vxor quae agit pro libertate mariti non tenetur ad expensas factas in eruditione ipsius.

DECISIO LXXIII.

An vxor possit pro mariti libertate agere in iudicio, ad Ord.lib.3.tit.47.& 48.§.2.



Empore quo naues Indicæ mercibus onustæ ab India in hoc regnũ proficisci pararẽt, quidam P. libertus qui liberam vxorem duxerat, causa negotiandi, alteram ex nauibus ascendit, vbi cum plus debito moraretur leuantur anchoræ, & plena vento carbasa panduntur, & remeandi misero via præclusa est: cumque ita inuitus in Portugalliæ Regnum veheretur, repentino & inopinato casu, nec haberet vnde aleretur, & licet se iactaret liberum hominem esse, cũ minime illi fuisset adhibita fides, plus licitanti in publica subhastatione, addictus fuit, qui vbi primum portum appulit dictum P. tanquam proprium seruum cuidam Antonio Antunes Metaxario vt vocat Iustinia. in titulo C.de pignor: & hypoth vendidit, apud quem artis peritiam didiscit. Cuius rei cum mulier certiorata esset, iter arripuit, & in hanc ciuitatem euecta, maritum à seruitute vendicare volens, litem contra dominum putatiuum instituit, & licet in prima instantia non obtinuisset, causa delata fuit ad Senatum, vbi sequentia dubia mota & decisa fuerunt. Primum an vxor hoc casu, sine marito in iudicio, stare possit. Secundum an domino putatiuo esset soluendum prætium expensarum, quæ cum seruo bona fide fecit, dum officium & artem didiscit.

1 Et quoad primum, de iure est quod seruus pro sua libertate in iudicio stare potest, & procuratorem constituere, l. 1. C. de assertio tollend. l. seruum ff. de procurator, vnde dubitari non licet, quod mandare posset vxori, vt ageret, & agenti authoritatem præstare, iuxta terminos Ordin. libr.4.titul.48.§.2. Insuper sola vxor, sine eius mandato potest in iudicio admitti, dum petit mariti restitutionem, ex tex. ad id expresso in l.3. § cũ vero ff. de liberal. caus. ibi, *dari facultatem etiam matri, vel filiabus, vel sororibus eius cæterisque mulieribus quæ de cognatione sunt, vel etiam vxori, adire Prætorem, &c.* Menoch. 1. remed. recup. numer. 429. vbi ex sententia Baldi dicit vxorem in possessoriis in iudicio stare posse sine marito, faciunt quæ de arbitrar. cas. 182. num 12. & casu 264. & libr. 1. quæst. 80. num. 98. & licet vxori de iure Regio interdicta videatur facultas standi in iudicio sine mariti consensu, Cabed. decis. 106. num. 7. Ordin. lib. 4. titul. 48. §. 2. vbi vxor sola non annullat venditionem, nulliter à marito factam, sine ipsius mariti authoritate Principis, vel iudicis, & probatur ab speciali, ex Ordinat. lib. 4. titul. 66. vbi vxoribus permittitur male alienata in concubinas recuperare, & sibi retinere quia Ordin. libr. 3. titul. 47. solum agit de marito, sicut alias agit Ordin d lib. 4 titul. 42. §. 8. & titul. 45. §. 2. & lib. 2. titul. 33. §. 9. & titul. 53. §. 1. tamen quando vxor maritum habet in seruitute degentem, debet posse agere, quia hic casus tanquam omissus manet in dispositione iuris cõmunis, secundum quod qui solus non alienat nec solus litigat.

In

2 In secundo casu quomodo putatiuo domino essent soluendæ expensæ, non vulgare est dubium, cum liberi hominis venditio nulla sit, l. liberi hominis ff de contrah. empt. glos. & Doctores in §. 1. instit. de inutilib. Gomes de contract. cap. 2. numer. 50. solum enim valet vt venditor emptori ignoranti soluere teneatur, quanti eius inter fuit, non esse deceptum: at vero in præiudicium liberi hominis, nullo modo tenet venditio, quantumuis emptor ignoret, tex. in §. omnium instit. de actio. ibi, *nulla venditio est*, l. qui officij 62. in princip. ff. de contrah empt quia nec si volens scripsisset se seruum sufficerèt, l. nec si volens C. de liberal. caus. ibi, *nec si volens scripsisset se seruum esse non liberum præiudicium iuri tuo aliquod comparasses*, Garcia de Saiauedra de nobilitate gloss. 6. num 45. Vnde succedit regula tex in l sin autem 28. §. sed si puerum ff de rei vindicatione, vbi impensæ factæ in eruditione serui non æstimantur nec retentionem præstant, ibi, *si puerum meum cum possideres erudisses non idem obseruandum paoculus existimat quia atque carere seruo meo debeam* Obstat tex. in l. 1. C. de infantibus expos. vbi expensæ factæ, in erudiendo infante debent exolui, quod maxime procedit in nostro casu, in quo tertius hic possessor bona fide emerat, & seruum edocuerat; vnde illud verius videtur, quod differunt inter se expensæ factæ, in area aliena, vel in alieno seruo, primæ enim soluuntur, & competit pro his retentio, de quo in d l. sin autem §. in rẽ petitã. ff. de rei vindic. l si in area ff. de condict. indebit Valasc. de iur. emphyt. quæst 25. nu. 15 Rolandus conf. 18. numer. 26. Paulus cons 270. Barbosa in l. diuortio. § fin. ff. solut. matrimon num. 32. & 72. at vero in seruo alieno, non eadem est ratio, quia doctrina serui quæ inter vtiles impensas connumeratur, in l. impensæ vers. item doctrina ff. de verbor. signi tunc debet exolui á domino, quando dominus non sit adeo pauper, vt illas soluere non possit, quia eo casu cum abrasio dari non possit, sine corruptione subiecti, dominus liberatur, à solutione expensarum, atque in hunc sensum debet accipi, d. § sed si puerum, nam cum Paulus in d l. sin autem. §. in rẽ petitã egisset, de bonæ fidei possessore, qui rem meliorauerat, concludit, quod vtiles impensæ soluantur, nisi dominus paratus sit pati, vt illas abradat possessor, vel ædificiũ tollat, quod quidem procedere non potest simpliciter, nisi intelligamus partes in eo textu ita conuenisse, alias enim semper vtiles impensæ essent soluendæ impendenti, nec sufficeret vt dominus consentiret ab abraderentur, nisi quando dominus ita pauper sit, quod non possit impensas soluere, nisi vendita eadem re, quia tunc liberatur à solutione, l. in fundo. ff de rei vindicat. vbi Bart. num. 7. Boer decis 44. num. 8. per quem tex. debet explicari Paulus d. § in rẽ petitã: quo sensu sic accepto, subiungit idem Paulus, an scilicet eo casu quo dominus potest permittere abrasionem, & sic liberari á solutione, impensarũ vtilium, idem dicendum sit, in eruditione pueri, & decidit non eandem versari rationem in area, ac in puero, cum in illo nulla abrasio scientiæ considerari possit, vnde eo casu quo dominus non sit soluendo, excusatur à solutione impensarum, in doctrina serui, nisi in casibus l. forte & sequentis eod. quando dominus seruũ habebat, venalem aut quando illi denunciatum est, an seruus ille esset ipsius, vnde fit quod quando dominus sit diues, indistinctè debent exolui expensæ, in erudiendo seruo, ex Albet in dict. § in rẽ petitã, qui reprehendit Bart. qui aliter sentit, Lotiotus de fructib. axiom. 13. Cuiatius. libr. 9. obseruatio. cap. 38. Garciá de expensis

expensis cap.5.numer.3. qui non perfectè explicat, imò videtur hunc sensum non percipisse, pro quo intellectu est tex. in l. apud celsum.§ si minor ff. de dol. exceptio. vbi impensæ repetitio conceditur, quæ facta est in erudiendo puero, & in dict. l. 1. Cod. de infantibus expos Bart. in dict. l. in fundo num. 8. Barbosa in dict. l diuortio. §. fin. numer. 72. serui enim artifices plus æstimantur, vt probat Ord. libr. 4. titul. 17. §. 4. & titul. 11. §. 4. & titul. 31. §. 7.

3 Ex quibus cum in præsenti vxor non esset domina mariti, licet pro iure suo agere posset, de ipsius libertate, ipsam non obligari ad soluendas expensas factas in eruditione mariti resoluimus, nec retentionem cōpetere possessori, quia seruus erat adeo pauper, vt non haberet vnde solueret, nec abrasio dari posset. Scriba Quintal.

SVMMARIA.

1 *ÆDiles olim duo extitere.*
Æediles vnde dicti. ibi.
Ædiles dicti quia edendorum curam quærebant. ibi.

2 *Ædiles alij erant ex numero senatorum, & patritij qui ædiles curules dicebantur.*
Prætorum edictum in duo capita scindendum est. ibi.

3 *Venditor vitia rei prædicere debet.*

4 *Hoc edictum fauorabile est emptoribus, & extendi debet.*
Redhibitoria pro qualibet re inanimata, prætoria est. ibi..

5 *Contraria multis anthoritatibus comprobatur.*
Ponderatur l. Iulianus ff. de actio emp. ibi.

6 *Actio quanto minoris alia est ciuilis alia prætoria.*

7 *Contraria sententia deducitur ex l. 2. C. de ædilit. actio.*
Ponderatur d. l. 2.

8 *Interpretatur d. l. Iulianus.*

9 *Explicatur l. exempto. §. 1. ff. de act. empt. & n. 10.*

11 *Actio ciuilis quanto minoris nulla datur.*

12 *Explicatur l. Iulianus. §. si Titius.*
Ille tex debet intelligi de venditione facta ad corpus. ibi.

13 *Huius edicti quatuor sunt causæ.*

14 *Hoc edictum ad corporis, non animi vitia spectat.*

15 *Secunda edicti causa ad eum spectat, qui falso dixit aliquid adesse vel abesse.*

Tertia

16 *Tertia causa est quando inter partes ita conuentum est, vt nisi placeret redhiberetur res.*
Emptor in cuius arbitrium commissum est substantiale contractus tenetur arbitrari quam primum potuerit. ibi.
17 *Terminus redhibitoriæ potest prorogari.*
18 *Quarta edicti causa quæ à cautione dependet.*
19 *Actio redhibitoria vel est quanti minoris, vel ad id quod interest.*
Redhibitoria vel est directa vel vtilis. ibi.
Redhibitoria ciuilis ex empto perpetua est. ibi.
20 *Quanto minoris actio prætoria tam directa quam vtilis.*
Semel egisse quanto minoris emptori non nocet. ibi.
21 *Quanto minoris actionem latius patere quam redhibitoriam.*
22 *In hac actione quanto minoris venit interesse propter dolum quando sciens vitium rei non explicuit.*
23 Explicatur l. Iulianus in princ.
Explicatur l. sed & addes. §. 1. ff. locati. ibi.
In vasis & dolijs locatis datur specialitas. ibi.
Exploditur sententia Alciati ad *illum textum.*
24 *Venditor rei vitiosæ per ignorantiam solum tenetur quanti minoris.*
25 *Pro vitijs corporis varijs modis succurritur emptori.*
26 *Pro vitijs animi nullo modo succurritur.*
Fallit in seruo fugitiuo. ibi.
27 Explicatur l. Iulianus ff. de actio. emp.
28 *Actio in factum datur quoties cessat prætoris edictum, & emptor præcium repetit.*
Durat hæc actio intra sexaginta dies. ibi.
Actio in factum in quibus casibus competat. ibi.
29 *In quibus casibus cesset redhibitoria.*
Cesßat quando vna res tantum ex pluribus redhibetur. ibi.
30 *Cesßat in eo qui scienter emit.*
Vel quando erat peritus in arte. ibi.
31 *Deinde cessat in fisco.*
32 *Cesßat in omnibus casibus in quibus non competit euictio.*
33 *Deinde quando vitium superueniat.*
34 *Vltimo si redhibitio pacto tollatur.*

DE-

DECISIO LXXIIII.

De venditione animalis morbosi, ad Ordinat. lib. 4. titul. 17.



Endiderat G. Franciscus boues quorum alter intra paucos dies occubuit, latente morbo, quo ante venditionis tempus laborabat animal, alter vero solus manebat inutilis emptori. Cumque ab emptore dominus preci partem adhuc non solutam peteret, ipse opposuit de morte bouis, & de exiguo valore alterius qui supererat, & quod cum bos esset in extremis ipsi denuntiauerat, vt bouem semi mortuum acciperet, quod ipse recusauit, animalis morbosi conditio tempore venditionis, & multis retro diebus pluribus testibus cōmendabatur, dolusque venditoris apparebat, ex quibus emptor prætium solutum condicebat, & quod vel venditor bouem superstitem acciperet, vel æstimaretur quanto minoris valeret, contra venditorem sententia iudicis prolata fuit, à qua erat appellatum. Et quia materia hæc de qua agit Ordin. libr 4. titul. 17. est difficilis & in foro frequens, in qua sæpissime hæsitanus, opre precium me facturum existimaui, si ea quæ quotidiani vsus exercitatione, & continuis vigilijs didisci hîc in ordinem digesta exhiberem.

1 Et imprimis vt ea quæ antiquitas coluit perstringamus, ædiles olim duo extitere qui annonæ præerant vt ex grauissimorum authorum fide, probat Cattelianus Costa in suis memorabil verbo annona, de quo est bonus tex. in l. 2. §. deinde, Cornelius ff. de orig. iur. vbi Pomponius testatur ædiles duos, authore Iulio Cæsare institutos fuisse, qui fruméto præessent, quos à cerere ceriales appellarunt, quo nomine omisso à re cui præerant nouum susceperunt, & ædiles appellati sunt: sed de rebus comestibilibus, & ædendi agebant, vt placuit gloss. in l. 1. ff de ædilit. edict. Cepola in Rub. eiusd. tituli nu 6. horum officium in his regnis extare constat, ex Ordinat. libr. 1. titul. 68. idque verius videtur, quamuis festus Pompeius à Cepola d. num 6. relatus contendat, ædiles illos fuisse, qui sacrarum, tum & priuatarum ædium curam gerebant, & ideo ædiles appellari, quia facilem ad illos populus habebat aditum, quod probari videtur in d. l. 2. § ijsdem temporibus, ibi, *itemque vt essent qui ædibus præessent duos constituerunt ex plebe qui etiam ædiles appellati sunt.* Sed considerandum est hos ædiles solum ædibus præesse plebis, & ex plebe dictos fuisse, quorũ officium ab his de quibus noster est sermo differre dubium non est. Ac proinde rectius est, ædiles dictos ex eo, quia edendorum curam gerebant, etsi bene aduertimus, horum officium nihil commune habet, cum edicto de redhibitoria, cum annonæ non conueniat de mancipiorum redhibitione vel iumentorum agere.

2 Quo circa rectius videtur considerasse Cepolam d. nu 6. hoc edictũ fuisse latum, à quibusdam ædilibus ex numero patriciorum electis, qui & senatores erant, & iuris statuendi potestatem

testatem habebant, ex Fortun. in l. iuris gentium. §. prætor ait num 9. ff. de pact. quorum meminit Pomponius in l. 2 ff de origin. iur. §. tunc vt aliquid, ibi, *placuit duos ex numero patrũ constitui, & ita facti sunt ædiles curules,* de quibus nostra est quæstio, patet ex l. 1 ff. de ædilit. edict. vbi Vlpia. ex labeonis sententia hoc edictum ædilibus curulibus tribuit, probauit Iustinianus in § proponebant instit de iur. natural. ibi. *proponebant ædiles curules edictum de quibusdã causis quod edictum iuris honorarij portio est*, & hoc est quod ibi voluit gloss. verbo honorarij, quatenus dixit hos ædiles ex prætorum numero esse, qua ratione prætoriũ esse hoc edictũ omnes concedunt, ex quo videtur, nõ bene aduertisse Cottam vbi sup quatenus hoc edictum tribuit illis ædilibus, qui annonæ præerant, an autem curules vel currules, à curru quo vehebantur dici debeant, videnda est gloss. in l 1. 3. & 4. de via publi. Otoman. lib de magistra Romanor. in princip. vbi plura Budeus in pandectas fol. 34. licet duplici r. legendos dicat Cotta verbo annona, Cępola in d l. 1. nu. 7.

3 Hoc prætorum edictum in duo capita scindendum est, alterum mancipiorum venditionem cerecernit, alterum iumentorum de primo est tex. in l. 1. ff. de ædilit edict. de secundo l. ædiles aiunt 38. eod titul Omisso tertio eiusdem edicti capite quo prohibitum est ne quis animal habeat in via, aut loco alio in quo nocere posit de quo est tex. in l. enim 40 cum lege seq ff ædilit. edict. Prætores itaque ædiles fraudibus obuiare volentes, ne emptores à venditoribus deciperentur in alienatione mancipiorum, aut iumentorum, generaliter statuerunt, vt venditor vitia prædiceret, palam & recte taliter quod emptori omnino innotescant, aliàs iudicium se daturos polliciti sunt, redhibitionem intra certum tempus concedentes, aut quanto minoris, rursus & ad interesse, si de dolo conuinci venditor posset, patet ex d. l. 1. ibi, *aiunt ædiles qui mancipia vendunt certiores faciant emptores quod morbi vitij ve ex palam & recte pronuntiato, &c.* & paulò infra ibi, *causa huius edicti proponendi est vt occurratur fallacijs vendentium & emptoribus succurratur*: ex quo vers. plane colligitur hoc edictum fauorabile esse, & in fauorem emptorum inductum, quamuis gloss. verbo iudicium, in d. l. 1. in cauté crediderit in venditorum fauorem fuisse propositum, quam ibi Cæpola cum iudicio carpit numero 20. in §. 1. dict. l. 1.

4 Infertur plane huiusmodi edictum tanquam fauorabile esse extendendum, vt generaliter cõprehendat cuiuscunque rei alienationem, quamuis specialiter de solis mancipijs, & iumentis, loquti fuerint ædiles, nam ratio edicti cum sit generalis, ne emptores fraudentur, ad omnes res venditas trahi debet, argum notatorum in l regula §. fin. ff. de iuris & fact. ignoran l 2 ff. de rerum permut vbi Ias. sub d. l. 1. nu 5 Angel in § duplum de actio. vers. sed primo ad fin Gomes de emption n. 48. Ex quo defendi potest redhibitoriam pro fundo vitioso, tigno, vel alia quauis re inanimata, concessam prætoriam esse, siquidem virtute cuiusdam interpratationis, ex mente Prætoris consulti eam concesserunt, generaliter pro omni re tam mobili quam immobili, ac proinde cum ratione defendi potest omnem redhibitoriam prætoriam esse & nullam ciuilem, quam opinionem veram credit Cynus in l. 2 C ædilit edict. & verissimam Donel. fol 304. Bertrand. cons. 30 nu 7. lib 3.

5 Contrariam tamen sententiam tenuit gloss. in l. Iulianus in princ. ff. de actio. emp. per tex ibi quem late defendit Bart & Cæpol. in d rub de ædil. edict. n. 14. & sequntur Bald. in l 2. C. de

rescind. vendit. & in d. l. 2. C. de ædilit. actio. Salycet. ibidem ad fin. Crispus in arbore actionum nu. 16. qui firmat communem cum Parisf. consf. 78. vol. 3. & videtur esse expressum in l. Iulianus ff. de actio. empt. in princip. vbi pro tigno vitioso scribitur emptori actionem ex empto competere quanto minoris empturus fuerat, quæ quidem actio ex empto ciuilis est, & perpetua quemadmodum cæteræ quæ ciuiles sunt, princ instit. de perpetuis & temporal. & cõprobatur quia Prætor tantũ de mãcipijs & iumẽtis loquitur.

6 Deinde ex effectu actionis, inquiunt Scribentes, colligitur diuersas dari, & omnino differentes actiones, quanto minoris, ex quo fatendum est aliam esse ciuilem, aliam prætoriam, probatur ex d. l. Iulianus vbi ex empto actio conceditur, quãto minoris, agens esset empturus, habito respectu ad particulare prætium, metiendum ex persona ementis, qui forsan propter vicinitatem vel quamuis aliam affectionem, parum minoris esset empturus, quod in prætoria actione quanto minoris nõ obseruatur, in qua commune prætiũ nõ particulare cõsiderandũ est, vt in d l. 1. in princ. ad id quanto minoris res est agendum conceditur ex quo constat, inter se huiusmodi actiones differre, ac proinde concedendum est alteram esse ciuilem, alteram prætoriam, quã differentiam sequtus cõmunem probat Cæpola in dict. rubr. num. 15.

7 Cuius tamen contrarium mihi probat l. 2. C. de ædilit. edict. vbi proposita quæstione elapso iam anno, Imperator respondit, se non videre qua actione posit emptor agere, siquidem intra sex menses debuit redhibitoria moueri, infra annum vero quanto minoris; ex quo ostendit lapso anno etiã ciuili actione emptorem carere, aliàs enim Imperator qui iura in pectore habet, optime agnouisset elapso anno actione ciuili, posse emptorem ius suum persequi, & sic respondisset iure prætorio sibi consuli, non posse secus ciuili. cum igitur Imperator generaliter respondisset, se ignorare qua actione experiri posset, consequens est, nec ciuilem illi competere quæ inductio excludit Bartoli, & aliorum interprætationem, qui intelligunt in dict. l. 2. Imperatorem solum negasse, lapso anno prætoriam actionem ab ædilibus concessam, quod ex titulo in quo illa lex collocata est suadetur, sed non satisfacit quia Imperator ea lege generaliter actionem negat, intelligens sine dubio lapso anni spatio emptori succurri non posse.

8 Nec obstat tex. in d. l. Iulianus, quo Bart. & communis mouetur, nam quod ibi dicitur ementi tignũ vitiosum, concedendam quanto minoris actionem ex empto, intelligendũ est, dummodo tempore á lege præfinito à Prætore agatur, nam quod in mancipijs & iumentis statuitur statuendũ est, in alijs rebus, in quibus eadem actio conceditur, ex interprætatione edicti, quod exempli gratia de mancipijs & iumentis loqutum est.

9 Iuxta quem sensum debet explicari, tex. in l. ex empto. §. 1. ff de actio emp. vbi redhibitoriã ex empto concedendam scribitur, quam perpetuam & ciuilem Doct. firmant: sed ita id accipiendum est, vt terminum sex mensium à Prætore taxatum non excedamus, vt elegãter probat Donel. fol. 290 cum seq. Cuius interprætatio vera suadetur si consideremus illam legem Vlpiani esse, qui d. l. 1 condidit, vnde resoluitur in §. 1. dict. legis ex empto, probari redhibitoriam actionem ex empto concedi, quemadmodum & quanto minoris concedi, in d. l Iulianus probatur, ita tamen vt infra sex menses incipiat, iuxta quẽ sensum tex. ille de plano procedit, absque vlla violatione literæ, quã ibi glo. cõtendit

& Doct.

& doct. sequntur exponentes verbum redhibitionem, pro resolutione, quod in congruum omnino est, viso §. si quis virginem eiusdem legis, in quo redhibitionem pro actione ponit ædilitia, idem Vlpianus in eo casu illam negans, & resolutoriam ex empto concedens, quoniam qui mulierem emit eam virginem credens, morbosam nō emit, ideoque redhibitoria cessat, sed ex empto resolutoria agere debet. At si infirmam emeret, credens sanam esse, vtique redhibitoria concederetur, infra sex menses intentanda iuxta prætorium edictum.

10 Alias enim nisi hoc in illo tex. in d. §. 1. intelligatur, inepte in eod. § subsequeretur in iumentorum alienatione, oportere venditorem promittere, quod sana sint edere, & bibere apta, nam si eo §. redhibitoria negaretur, frustra de iumentorum sanitate esset actum, frustra rursus §. seq. de seruo fugitiuo noxio aut furtis adstricto ageretur: quod si dixeris his casibus concurrere, ciuilem & prætoriam, actionem vtique ineptum videtur, quoniam per hæc redditur edictum prætorium, ad sex menses restrictum, derisorium, quia actio ex empto perpetua est, nec iuri hæc interprætatio conuenit, quoniam prætorium ius æquitate suadente, in fauorem iuris communis, non contra illud fuit statutum, l. scio. ff de testibus. Quo circa cum redhibitoria ex iure ciuili fuerit perpetua, non potuit prætor semestrem reddere, atque ideo fatendum est ea lege ex empto. §. 1. redhibitoriam concedi ex empto, sed infra sex menses quemadmodum, & quanto minoris.

11 Deinde cōtra communem vrget quod nulla datur actio ciuilis, quanto minoris, ex tex. in l Iulianus § si Titius, vbi negatur quanto minoris actio ex empto, ei qui fundū emerat 90. iugerum, cum 100. habere crediderit, quod nullatenus esset respondendum, si communis vera esset, nam eo casu quanto minoris esset empturus, ciuilis actio esset concedenda, quod ille § negat, ac proinde contra Bart resoluendum videtur ex empto quanto minoris ciuilem actionem non dari, huius tex. meminit Bart. & reliqui qui illum sequntur, & nihil respondent excepto Cæpola in d. rub. nu 15. qui eleganter communem defendens inquit procedere in eo cui per alluuionem illa decem iugera iam acreuerant, & quia iam habet omnia 100. iugera, quæ credebat emere, sibi denegatur quanti minoris esset empturus actio, cessat enim eius intentio, ex alluuione superueniente, & propterea ibi negatur ciuilis actio ex empto, quæ solum respicit prætium, quo esset empturus, non quanti ea res est iuxta communem.

12 Sed non quiescit animus, quia si aduertimus, habere emptorē per alluuionem 100. iugera, nō excludit actionem illā quanto minoris, esset empturus, constat enim quæsita per alluuionem ad emptorē pertinere, post emptionem. §. sed si post instit. de emption: quo circa incrementū illud decem iugerū post emptionem superueniens, actionē quanto minoris ex empto impedire nō debet, nisi sentiamus incrementū prodesse vēditori cōtra notata in d. § sed si post, nec pro Cæpol. intellectu facit, quod in eo tex. venditio facta fuit ad mensurā, atq; ideo alluuionis incrementum ad venditorē pertinuit, ad similitudinē venditionis conditionalis, & ideo ibi negatur emptori actio ciuilis, quanto minoris, quia per alluuionem ei fuit satisfactum, quia iuxta hunc sensum, quem probat Cou. in pract. c 3 nu 9 vers. 4. non erat necessaria scientiæ & ignorantiæ distinctio, quā consultus facit, in venditione namq; facta ad mensuram, nulla præstari potuit fraus, & nulla fieri captio,

nec ad rem facit sciuerit, vel ignorauerit fundi mensuram, siquidem mensurari debuit, & respectu cuiusque mensuræ prætium solui, quo circa verius videtur, illum tex. intelligendum de alienatione facta ad corpus, prout contra Bart. sentiunt plurimi quos citat Pinel. in l.2. Cod. de rescind. fol. 138 3. part. num. 10. & sic ibi est casus difficilis, quatenus distinguit inter venditorem scientem & ignorantem, contra scientem enim fundi mensuram, actionem ex empto concedit, quamuis per alluuionem 10. iugera quæ deerant accreuerint, quoniam dolus in quo à principio fuit versatus, ex alluuione non purgatur, quando autem fuit ignorans ex alluuione excusatur quasi emptori nulla sit facta fraus cum omnia iugera conuenta tradantur, argum. l. fin. § si ea ff. ad l. Rodiam, vbi casus superueniens excusat à culpa, prosequitur Couar. dict. cap. 3. numer. 9. Pinel. d. num. 10. nec obstat dict. § sed si quatenus probat augmentum, alluuionis etiam ante traditionem, ad emptorem pertinere, quemadmodum & decrementum quia procedit ex rigore iuris, at vero dict. § si Titius ex æquitate, dum venditor de suo fundo plus sperabat, quam in eo erat, & sic continere 100. iugera fuit testatus, quo casu alluuione superueniente, licet de rigore iuris, incrementum ad emptorem spectet, æquitas & ratio naturalis suadet, vt ex empto actio denegetur, Tiraq. de retract. ad fin tituli nu. 95. Corneus cons. 191. volum. 3. vbi dicit communem, ex quibus manet in concussa suprapolita resolutio quod ciuilis quanto minoris actio non est

Quæ sint causæ huius edicti?

13 Quatuor sunt causæ huius edicti. Prima est si quid morbi vitijue sit in re vendita, quod venditor palam, & recté non pronuntiauerit, l. 1. l. ædiles ff de ædilit. edict. quæ causa generalis est, & comprehendit fundum venditum, pestiferas herbas producentem, gl. 3. in d. l. 1. verbo rescindere, c. 1. in fine. 29 q. 1. Rubeus in § morte ff. de noui oper. n. 268. Thom. 2. 2 q. 77. art. 3 Ord. d. tit. 17. § fin. prout in libro vitioso de quo Gomes de emption. n. 48. Valas. de iure emphy. q. 6. n. 18. Fulgos. in d. l. 1. licet contradicat Bart. in d. l. Iulianus, dum sentit hoc edictum solum ad vitia mancipiorum & iumentorum pertinere.

14 Hoc igitur edictum ad corporis nō animi vitia pertinet, excepto seruo fugitiuo, in quo speciale dicit Cæpola in l. 1. § 1. C. de ædilit. edict. nu. 15 glos. verbo fugitiuus, ibi, *Ex ea ratione quia fugitiuus inutilis domino redditur, non minus quā morbo detentus aut vitiosus,* prout etiam dicendum est de seruo noxali, d. l. 1. § item, & in titulo instit. de noxal. action. l. cum autem. § malus ff. ædilit. edict. quia illis magis expedit carere, vltra has causas alias addit Vlpianus, propter quas redhiberi mancipia possunt, veluti de eo qui manumitti non potest, l. si quis fugitiuus § pen. ff. illo titulo, sed his casibus quia ex interpretatione proceditur vtilis non directa erit ædilitia actio.

Secunda edicti causa.

15 Secunda edicti causa, pertinet ad eum, qui aliquid adesse vel abesse firmauit, in seruo vel animali, propter quod emptor facilius emisset, vnde licet edictum non respiciat animi vitia, si tamen venditor illud abesse dixerit, tunc quod ex prima causa negatur, ex hac secunda falso dicti cōceditur, vnde si seruum furem non esse dixit si artificē esse, idque falsum sit, prætor iudiciū dabit, d. l. si quis sit § fin. Cæpol. in d. l. 1. n. 17. l. si quid venditor cod. tit. nō

tamen

tamen edicto continentur, quæ commendandi serui causa expressa sint, l. sciendum.ff.eod dum modo tamen in genere fiat, nam si ad virtutem in specie deuentum sit, eamque adesse, vel abesse, dictum sit, edicto locus erit, sicque accipi debent, d.l. sciendum,& l.si quod venditor illo titulo quæ pugnare videntur.

Tertia causa edicti.

16 Quando inter partes ita conuentum sit, vt nisi placeret redhiberetur, l. si quod nolit 31. §. si quod ita ff. ædilit edict. ex pacto enim resolui potest venditio, l sed & celsus § si fundus ff de contrah. emp. l. exemplo eod & hæc pars edicti non ad simplex pactũ displicentiæ pertinet, sed ad illam speciem, qua venditor rem in specie cõmendauit, aliquid illi inesse asserens, aut abesse adiecto pacto, quod nisi ita reperiretur, sibique exacte placeret, redhibere liceret, hoc namque casu vtiles 60. dies ad redhibendum prætor, concessit, enumerandos à tempore scientiæ vitij, quod actioni ciuili ex empto, non conuenit, & hoc est quod ille tex.. voluit, arbitratus enim fuit Prætor, in ciuile esse, quod perpetuo redhibere liceret, quando nullum fuit redhibitioni tempus taxatum, docuit Bald. in l. in ementis opposit. 1. & ibi Salicet. C de contrah. emp. dum probat in illo tex. non conferri in arbitrium ementis, cõtractus substantiale, sed qualitatem duntaxat, sequitur illos referens Iaf. in l. si quis arbitratu ff. de verbor post num. 24. & Socin. ibi n. 33. quamuis Bart. in d. l. si quis arbitratu intellexerit, in d. § si quid ita contractus substantiale in ementis arbitriũ, & voluntatem committi, ac proinde illum tex. adducit ad quæstionem de qua ibi, teneri emptorem, in cuius arbitrium commissum fuit, contractus substantiale, infra 60. dies arbitrari, quam decisionem Doctores. dubiam reddunt, eo errore, quo Bartolus ducti, non considerantes, inique illum textum à Bart citatum, ad decisionem illius quæstionis, qui nihil omnino facit, quoniam ibi substantiale contractus in ementis voluntatem, non fuit commissum, sed qualitas, quo circa, merito Socinus eo loco admiratur, de tali doctrina. quare verius est, contra Bart. emptorem in cuius arbitrium aliquid commissum est, teneri arbitrari, quam primum potuerit, per tex. in l hæc venditio in princ ff. de contrah emptio. cum Bald. Angel & Roman. quorum meminit Iaf. in d l. si quis. num. 34. & Socin 32. quidquid cum Bart. tenuerit Paulus. Cuman & Alex. per d. § si quid ita.

17 Ex illo tamen tex. singulariter notandum est, terminũ sex mensium, quo redhibitoria taxatur, ex partium conuentione, posse prorogari, quemadmodum ibi illorum 60 dierum terminus prorogatur, vt ibi admonuit Cæpola num. 9 & d.l. sciendum §. fin. nu. 1 & l. cum sex eod titul.

Vnum tamen notandum est, quod intra hos 60. dies, debet emptor agere contra venditorem; nec sufficiet, quod voluntatem suam manifestauerit, vt ex eodem §. colligitur, ibi, *accomodabitur emptori ad redhibendum*, non enim dixit ad declarandum displicentiam, & ibi, *non fuit præsens cui redhiberetur*: non enim dixit cui declararetur vnde non bene videtur Cępola ibi num. 11. sentire dum ait illum terminum 60. dierum esse instantiæ præfinitum, cũ verius sit fuisse, vt instantia incipiat, quia tex admittit partium prorogationem, quæ non potest admitti respectu instantiæ, ex l. properandum. §. 1. C de iudic. Ordinat lib. 4 titul. 17. in princip ibi, *com tanto que o cite*, nisi dicamus finito tempore á lege diffinito non competere redhibitoriam, sed

competere redhibitoriam, sed competere actionem ex contractu, & sic procedit l. quod si nollit §. si quid ff. ædil. edict.

Quarta edicti causa.

18 Quarta edicti causa est, quæ à cautione pendet, si cauere venditor nolit, l. si venditor 28. ff ædilit. edict. tenentur namque cauere venditores, mancipia morbosa non esse, quod si recuset cauere venditor, intra 60. dies possunt redhiberi, & hæ sunt stipulationes prætoriæ, de quibus fit mentio, in §. prætor ait, instit. de diuis. stipul. & l. si ita quis ff. de euictio.

Quæ actiones competant ad agendum his casibus.

19 Actio vel est redhibitoria, quanti minoris, vel ad id quod interest, nam cæteræ actiones ab his dependent: redhibitoria vel est directa, vel vtilis, & intra sex menses agi oportet, l. 2. C de ædilit. edict. l. ædiles autem l. sciendum. §. fin. ff. eod l cum sex eod. directa est quæ pro morbis, aut mancipiorum vitijs, & iumentorum agitur, vtilis autem, quæ pro alijs conceditur rebus vitiosis, ex interprætatione Iurisconsultorum, qui sex menses sunt vtiles á tempore scientiæ, Bald. in dict. l. 2. Gomes de empt. num. 48. Menoch. libr. 1 sent. quæst. 32. numer. 12. nisi per viam exceptionis agatur, quoniam temporalia ad agendum sunt ad excipiendum perpetua l. 2. Cod. anali exceptio. Paris. cons. 7. vol. 3. vel nisi ex partium consensu terminus prorogatus sit, redhibitoria vero ciuilis ex empto, perpetua est, ex Bart. in dict. l. Iulianus, quod nos supra falsum esse ostendimus.

20 Quanto minoris vero actio prætoria, tam directa quam vtilis, à redhibitoria, in duobus differt, illa enim solum agitur quanto minoris res esset emenda, re ipsa apud emptorem mansura, & infra annum, hac vero res redhibetur, & emptori restituitur, infra sex menses, de hac superius dictum, de illa scilicet quanto minoris est rex. in l. 2. Cod. de ædilit. edict. & l. ædiles aiunt ff. eod. & vtrobique Doctores ex quibus resoluitur, quod sicut in illa annus vtilis est, sic sex menses in redhibitoria quanti minoris, Gomes vbi supra numer 48. quod tempus dicit vtile tam in principio quam in cursu, Petrus Iacob. in sua praxi fol. 97. ergo quanti res esset emenda, æstimari debet, & ideo hoc iudicium dicitur æstimatorium, l. 18. l. 43. §. aliquando ff ædilit. edict.

Aduertendum tamen est, quod semel egisse quanto minoris emptori non nocet, si de nouo velit propter alium vitium, eandem actionem intentare, dummodo etiam intra annum vtilem intentet, nam pro quolibet vitio, actio ista competit, dict l. quod si nollit, § si quis egerit, l quia dicitur ff. de euictio.

21 Insuper hanc quanto minoris actionem, latius patere, quam redhibitoriam, vt in l. ob quæ vitia ff. ædilit. edict. l. 1. §. fin. in fin. eod. vbi probatur, quanto minoris actionem competere, pro vitijs animi, licet redhibitoria sit neganda, dummodo isthæc vitia, leuia aut minima non sint, vnde si seruus aliquo morbo, vel vitio affectus vendatur, sine dubio quanto minoris ex empto emptor agere poterit, l. 4. eod. titul.

22 Deinde notandum est, quod in hac actione quanti minoris venit interesse, propter dolum, quãdo sciens vitium rei nõ explicuit, quod interesse intelli-

intelligitur extra rem, explicat Alciat. de eo quod interest cap. 9. nu. 19. Costalius in l. tenetur ff. de actio. emp. Gilotus libr. 1. quæstio cap. 13. Mayn. libr. 3. de actio cap. 9. quod procedit vel affirmauerit vitium illud abesse, vel sciens reticuerit, l. quæritur 14. §. fin. ff. de ædilit. edict. l. in venditione 42. ff. de actio. emp. vel etiamsi verbis generalibus venditor vtatur, protestans rem venditam esse vitiosam, communis in §. idem Iulianus in dict. l. Iulianus, l. quæro eod. titul. l. qui libertatis 63. §. sed etsi quis. ff de euictio, Costalius in l. Titius in fine. ff. de actio. empt. Cæpola in rubr. & in l. quæritur §. fin. ff. de ædilit. edict. quod etiam procedit vel vitia sint corporis, vel animi, dict. l. Iulianus vers. & qui furem, l. 4. in princip. vers. ex empto. l. 1. vers. quid ergo est. ff. ædilit. edict.

23 An autem idem sit in eo qui ignorans rei venditæ vitium, eam vendidit, dubitari potest, ex dict. l. Iulianus in princip. quæ negat ad interesse extra rem actionem, ibi, *id tantum ex empto actione præstaturum quanto minoris esset empturus.* Obstat tamen tex. in l. sed & addes 21. §. 1. ff. locati, vbi locator doliorum, etiam ignorans tenetur ad interesse, extra rem, quod etiam in venditione procedere probat tex. in l. tenetur 6. §. sed si vas. ff. de actio empt. Bart. in d. l. Iulianus nu. 5. Fulgos. 7. Intellectus illius tex. est, speciale esse in vasis & dolijs, vt in his etiam ignorans teneatur ad interesse extra rem, varias specialitatis rationes, assignat Maynus, & Guilbertus, vbi supra Cabal. de eo quod interest num. 49. Conan. libr. 7 cap. 11. num. 17. quibus addendum duco, quod cum dolia habeant certum & determinatum vsum, ad quem conducuntur, eumque periculi plenum, & pro locatione pecunia detur, vtique locans talia vitia non præsumitur ignorare, & ratione mercedis receptæ, in plus renetur, argum. tex. in l. 1. vers non est hoc ff de ædilit. edict. quod etiam in emptore, habet locum, quia venditor non scit vitia rei, & dolo præsumitur occultare, nec eos ignorantia excusabit, etiam si probaretur, quia debuit præcedere scientia, an vasa apta sint, non enim solet excusare ignorantia, in his quæ quis debet facere, certus de re ipsa, Ordin. lib. 5 titul. 19. §. 1. Atque ideo merito ad interesse extrinsecum tenetur, iuxta regul. tex. in versiculo quod tamen si ignouerit. ff. de action. empt. idemque dicendum est, ad dict. §. sed siuas, ibi ita vt affirmaret. Ex quibus exploditur Alciat. in dict. l. vnica cap. 9. numer. 19. 28. & 36. dum habet tex. illum procedere in vitijs quæ faciunt rem omnino inutilem, quia in his tenetur venditor ad interesse extra rem, etiam ignorans, quem sequitur Costalius, in dict. l. Titius in fin. Guiber. lib. quæstio. cap. 13. num. 11. contra quos insurgit Mayn. dict cap. 9. & vltra ab eo adducta confutari potest, ille intellectus, quia vitium serui fugitiui rem omnino reddit inutilem, & tamen non tenetur, venditor ad interesse, extra rem, sed solum quanto minoris, vt in dict. l. Iulianus in versicul. differentiæ, l. bouem 43. §. aliqui ff. de ædilit. edict.

24 Vnde fit quod talis venditor rei vitiosæ, per ignorantiam solum tenetur, quanti minoris, communis ex Alciat. vbi supra l. 1. §. causa ff. ædilit. edict. l. quæro 40. ff. de actio. empt. Duen. regul. 204. obstat tamen dict. l. Iulianus §. item qui furem, vbi venditor ignorans non tenetur si seruus venditus erat fur, communis solutio est, speciale esse, in seruo fure, vt in eo venditor ignorans non teneatur, ex eo quia emptor scire debet omnes seruos fures, plane in iure æquiparantur hæc duo, scire

scire vel sciredebere, vt apud nos sæpe disponit Regia Ordin. libr.3.tit.21.§.5. & § 6.in fin. & titul.86. §.16. & tit.68. in princ.& titul.91.in princip.& lib.4. titul.10.§.9.& titul.48.§.5.& libr.5. tit. 14.in fin & sic cessat recursus, l. si minor ff.de actio.emp.vbi gloss. recepta, ex Ias.in §.actionum nu.137. Fabian. de monte de emptio.q.6.nu.65.

25 Vnde notandum est, quod licet pro vitijs corporis rei venditæ, varijs modis succurratur, emptori læso, vt de iure ciuili venditor teneatur, ad interesse extra rem, ignorans vero quanto minoris, d.l.si minor, item & alijs modis, vt explicat d.l.ex empto §. redhibitionem, item & iure ædilitio per redhibitoriam, vel æstimatoriam actionem, siue venditor sit sciens, siue ignorans, l.1. § causa. & per tot. ff. de ædilit.edict. Ordin. d. titul. 17. Gom. dict.cap.2. numer.48.Valasc.quæst.6. num.18.

26 Tamen si seruus laborat vitijs animi tantum pro his nullo modo succurritur emptori læso, d. l.1. & fin. ff.ædilit.edict & in l.4.eod. Cepola in d l.1. vers.ædiles num.14. Valasc. dict. numer.18. & vltra hoc ius ædilitium, idem de iure ciuili est, quia licet pro animi vitijs, vendens teneatur propter dolum, ignorans tamen nullo modo tenetur, d.l.Iulianus, quia cũ vitia animi sint infinita, si pro his daretur actio essent infinitæ lites: quod tamen fallit in seruo fugitiuo, & errone, l.qui sit fugitiuus iuncto §. erro. ff. ædilit. edict. quia licet sint vitia animi, pro his tamen venditor licet ignorans tenetur, vt in d.l.1 & 4 vers.ideoque nominatim, l. emptor 14. ff.actio.empt. Ratio specialitatis est, quia cum hæc vitia talia sint, vt propterea seruum emptum habere non liceat, merito quasi euictionis nomine venditor tenetur.

27 Ex quibus patet intellectus ad d.l. Iulianus vbi in tribus versiculis, hæc materia absoluitur, dum in primo agit de vitijs corporis, vt patet in exéplis tigni vitiosi, & pecudis morbosi, in quibus ponit conclusionem generalem, quod venditor sciens, tenetur ad interesse, ignorans vero quanto minoris.

Deinde in vers. item qui furem, agit de vitijs animi, vt patet in exemplis serui furis; & fugitiui, in quibus ponit duas conclusiones, altera est quod venditor etiam in his tenetur ad omne interesse, si sciat id enim generale est, propter dolum, d.l.1. vers.quid ergo.

Tandem in vers. si vero ignorans, circa eadem animi vitia, proponit alteram conclusionem, scilicet quod venditor ignorans, in seruo fure non tenetur, in fugitiuo tenetur, quanto minoris, ratio est, quia cum vitium serui furis sit vitium animi, ex eo non tenetur venditor ignorãs, iuxta princ. de quo supra, tenetur tamen in fugitiuo, quia quamuis illud vitium sit animi, fuit tamen specialiter exceptum in edicto, quia seruum habere non licet, vel melius quod in vitio furis, potest cadere ignorantia respectu domini potuit enim fur non furari apud illum dominum, & sic eius mala mens esse occulta, at vero in fugitiuo, aliter se res habet, quia esse fugitiuum pendet à consuetudine fugiendi, & errandi extra domum, & illud vitium necessario debuit esse patens domino, vnde ignorantia eo casu præsumitur affectata, & suppositiue lex præsumit scientiam venditoris, & ideo tenetur.

De actione infactum.

28 Datur actio infactum, quoties cessante Prætoris edicto, emptor prætium repetit, qui extraiudicialiter rem venditori tradidit, eam redhibens, & resoluta sic ex conuentione venditione,

venditione, quia cessat edictum, ad prætium datur actio infactum, l. quod si nolit § infactum ff. de ædilit. edict. quod idem habebit locum si lite iam pendente, partes ante sententiam de redhibenda re conuenerunt, Cæpola in d. §. infactum nu. 7. sed intra quot dies, hæc actio detur, dubitari potest, & intra 60. dies durare dixit gloss. in l. ædiles. ff. ædilit. edict. vbi citat tex. in d. § infactum, cum tamen ibi de hoc nec verbum, qua ratione Alber. ibi, & Fulgosius gloss. sententiam non probant, & verius videtur quod cum hoc casu redhibitoria facta fuerit ex partium consensu, manet actio ciuilis ex empto, l. ex empto. § is qui vitia ff. actio empt. l. sed & celsus §. si fundum ff. de contrah. empt. & plures sunt casus in quibus competit actio infactũ: primus quando extraiudicialiter fuit facta redhibitio, l quod si nolit § infactum: secundus quando venditor non declarauit serui valorem, in d l. quod si nolit §. mancipia: tertius quando fuit venditio facta cum clausula nisi displiceret dict. §. si quid ita: quartus venditor noluit cauere, d. l. si venditor: quinto quando ornamenta rei nõ præstantur: sextus cõtra eum qui habet vrsum vel stuprum, vel damnosum animal, l hi enim 48. ff. ædilit. edict. septimus quando seruus nouitius pro vetera non venditur, l præcipiunt 37. ff ædilit edict. Laurentius elegantiarum libr. 6. cap. 59. cui & Budeo ad pandectas respondet Zazius in suis intellectibus fol. 105.

In quibus casibus cesset redhibitoria?

29 Primo redhibitioni locus non est, quando emptor vnam rem tantũ ex pluribus, simul venditis, redhibere vult, quod intelligi debet, quando res venditæ simul fuere, & inter se habent connexitatem, seu coniunctionem, vt commodè separari nequeant, quemadmodum si plures serui sint, eiusdem artificij, quia licet alter morbosus reperiatur vel omnes redhiberi debent, vel neuter, l ædiles aiunt § fin cum lege seq. & l. cum eiusdem 34 eod titul. & est communis ex Gomes de emption. num. 49. Deci cons. 241. num 4. Tiraq de retract § 23 gloss. 1. numer 1. 2. & 3. quod inquit procedere quando constiterit non aliter fuisse venditurum, vel empturum, vel nisi prætio distincto, venditio celebrata fuerit, l. si plura 36. ff. ædilit. edict. quia tot sunt contractus quot sunt res. l. scire debemus. ff de verbor. oblig de quo Peralta in l 2 ff. de legat 2 gloss in l 71. Tauri, Afflictus de iur congrui § 6 num. 5. fol 70. in paruis Valasc. de iur emph. quæst. 27 post num. 29. adhuc tamen redhibitionem dari pro vna re, vitiosa dicit Gomes num 50. prætio taxato, iudicis arbitrio ex d. l. si plura, de quo Molin. lib. 1. maiora c 21 nu. 28.

30 Secundo cessat, in eo qui scienter emit, vt supra dixi, vel quando vitium adeo est patens, vt cerni posset, vt per Bald. in l. 1. Cod. ædilit. edict. Nauarr. in manu. cap. 13. num. 89. D. Thomas 2. 2. q 77. art. 3. ad primũ, Sotus lib. 6 quæst. 3 de iustit articul. 2. conclus. 6. limitans quando emptor, ad vitium non aduertit, quod quidem ego puto verum, quando vitium non latebat nec necessaria esset indagatio, & emens non ignorabat ea quæ videbantur, prout si erat peritus in arte, vt in medico emente, seruum morbosum, ex Mauri de rest. cap. 87. vel in doctore emente librum vitiosum, Menes. in l 2. C. de iur. & fact igno. nu. 10 ex ratione tex. in l. 2 ff orig iur. ibi, *turpe est patritio ignorare ius in quo versatur,* cap cum sit de cõuers. coniugat. quia hæc ignorantia à dolo non differt, Bald. in cap. 1. §. iudices de pace

de pace iuram.firm.Gomes.reg.d.subrog quæst. 7.fol.374. in medico dixit Plato lib.11.de legibus, Decius cons.8. num.5.& in l.imperitia ff de reg.iur. nisi quando adhibita diligentia vitiũ sciri non posuit, quod iudicis arbitrio relinquitur.

31 Tertio cessat redhibitio in fisco, contra quem negatur redhibitoria, l.1.§. illud ff ædilit.edict. cuius rei ea ratio est, quia fiscus suarum rerum notitiam non habet, & ideo ab eo exigi nequit scientia, quam ipse præstare non potest, sed non videtur ratio solida, quia eius officiales vendentes scientiam habent rei, ideo dici potest, cessare propter authoritatem hastæ fiscalis, quam Reip. vtilitas non patitur conuelli posse, l.si hypothecas C.de remiss.pignor.

32 Quarto cessat in omnibus casibus, in quibus euictio non competit, prout donationibus Ord d.titul.17. §.9.& similibus, atque insuper in locatione, l.sciendum 63.ff.ædilit edict. latius Costa verbo actio redibitoria resoluens fore dandam vtilem non directam.

33 Quinto quando vitium superueniat, post contractum, l. si quid C. ædilit.edict. doctores in l.5.§.si quid autem ff. eod.l. quæro §. fin. Gomes vbi supra. num.49. nisi detur pactum de futuro vitio, d l si apud vbi Cynus & Bald.notant, Menes in l.transigere. C.de transactio, num 30 si autem moriatur intra triduum post emptionẽ, præsumitur ex præcedenti causa, Bald. in l.1. C. ædilit. edict. vers. Sed pone, Angel.in § in duplũ de actio, Febian. d emption fol.227.num.18. Hypol.in l.si in rixa ff. de sicar. num.65. Plaça in praxi c.13.num.26.

34 Vltimo si pacto redhibitio tollatur, l quæritur §.si venditor ff ædilit. edict nec pro minimis datur redhibitoria, Tiraq.de iudic.in rebus exiguis fol 54 & quid si egit redhibitoria an possit agere quanto mineris, Bald.in l.vlt.C.ædilit. actio,& quod sic Messia taxapanis conclus.1.nu.152. Mascard. conclus 615. nu.12 & quid in concessione emphyt Surdus. decis. 290. num 18.

Quæ omnia hic congessi, quia materia est valde obscura, quod si fastidium. quæ dixi legenti pariant, in alijs quæ forsan non fastidiosa erunt, compensari volo, atque ex his principijs, sententiam confirmandam duximus. Multa enim ex supra tactis in processu contro vertebantur, cuius occasione hæc collegi quæ forte alibi non reperientur,

SVMMARIA.

1 *Testamenti factio Episcopis interdicta est.*

Monacho effecto Episcopo eadem factio interdicta est nõ ex sola canonum prohibitione, sed ex incapacitate personæ. ibi.

Monachus factus Episcopus votis religionis adstringitur. ibi.

2 *Monachus factus Episcopus nõ sibi sed ecclesiæ acquirit.*

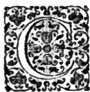
3 *Monachus Episcopus habetur loco instrumenti quo ecclesia acquirit.*

Non

Non solum in dispositionibus ad prophana verum ad pia. ibi.
In monacho durat paupertatis votum.ibi.
Monacho facto Episcopo datur administratio pro moderato vsu familiæ.ibi.
Donationes immodicæ erunt nullæ. ibi.
Prælati sæculares libere disponunt de fructibus secus Prælati monachi.ibi.
Monachus Episcopus non donat causa mortis.

DECISIO LXXV.

De Monacho facto Episcopo, an testari posit, & donationes in consanguineos exercere inter viuos vel causa mortis maioratumque constituere.



Vm Monachus Frater Petrus Brandão Episcopus creatus esset, promontorij Hesperici seu Arsinarij, vulgo diui Iacobi do Cabo verde, ibique sua industria magnas pecuniæ copias comparasset, donationes amplissimas in cõsanguineos exercuit, inter viuos & causa mortis, maioratum instituit, cumque decessisset, & electus esset Episcopus D. Emanuel Alfonsus Daguerra, vir doctissimus & singulari præditus in concionando eloquentia, litẽ mouit contra possessores bonorũ, & in discussione causæ, quæ cũ speciali principis rescripto, D. Thomę Pinheiro da Veiga, maximi nominis viro, & singularis eruditionis, & Nonio d'Afõsequa Cabral Iuriscõsultissimo, nec satis laudato, quibus ipse accessi, cõmissa esset, in processu circa illa principaliter torquebantur partes. Primum an monachus effectus Episcopus, possit donationes in consanguineos inter viuos vel mortis causa exercere: secundo an constituere maioratum, de bonis acquisitis ex redditibus ecclesiæ, vel propria industria.

1 In fauorem hæredum Episcopi, & donatariorũ, lata fuerat sententia, quã reuocauimus, & in prima quæstione illud placuit, quod testamẽti factio Episcopis interdicta est, ex tex in cap. adhæc de testam. prosequitur Cou in c. relatum 1 & 2. illo titulo, ex ratione cap quia, Ioãnes 12. q. 1. de quo Nauar. in appol. de reddit q. 30. monit. 4. nu 1. Monacho igitur effecto Episcopo eadẽ factio testamenti interdicta reperitur, nõ ex sola Canonum prohibitione, sed ex incapacitate personæ, quia adhuc vere monachus est, & votis religionis adstringitur, vt ex D. Thom. 2. 2. q. 186. art. 8. Soto lib. 10. de Iustitia q. 5. art. 7. Couar. in c 1. de testam. nu. 18. in fine, Azor lib 12 insti moral c. 10. q 6. part 1. Æchius in sua Repub. eccles. titul. de regular. cap. 3. nu 14. Capicius decis. 200. Iacobus de Graffis 2 p. decis. aur. lib. 3. cap 18 nu. 87. Nauar. in appol. d. monit. 11 nu 2 Clarus § testamentum. q 28. nu 7. Lessius lib. 2. c. 19 dubit 4. nu 40. idem Nauar. in comment. 2 de
2 regular. nu 58. ¶ Vnde fit quod omnia quæ monachus effectus Episcopus acquirit, non sibi, sed ecclesiæ acquirit in qua Episcopali dignitate fulget, capit. statutum, capit. cum olim 2. de priuil. vbi Innocent. nu 3. Anchar.

Ancharra. notab. 1. Probus in additio ad monach in cap. cum singula, vers. hæc enim de præbend. lib. 6. Speculator de statu monachorum § qualiter concipiat num. 29. Emanuel Rodrigues 3 tom. regul. quæst. 69. artic. 4. in fine, Barbatia cons. 19. libr. 3 Pelagius de planctu eccles. libr. 2. cap. 24. Rota diuersorum decis. 705. num. 3. part. 1. Consilium 6. generale Constantinopolitanum cap 35. in summa Conciliorum fol 356. Molin. de primogen. libr. 2. cap. 10. num. 28. Loysius libr. 2. cap. 41 dub 11. num. 91. alter Molin. de iustiti dispu. 140 fol. 761. lit. B. vbi dicit communem.

3 Ex quo nascitur quod cum monachus Episcopus habeatur loco instrumenti, quo ecclesia acquirit, de acquisitis non disponit, quia non sua, cap. non dicatis 12. quæst. 1. cap. cum ad monasterium de statu Mona. nec inter viuos nec per vltimam voluntatem, Bald. in auth licentiam. C. de Episcop. & cler. Rebuff. cons. 14. vers. septimo, Ias. in auth. ingressi num. 13. & 14. C de Episcop. & cleric. Bursatus cons. 75. num 23. vol 1. Couar. in dict. cap 1. num. 18. Frater Emanuel Rodrigues d quæst. 69. artic. 4. Nauarr. d. moni. 11. nu 1. quod non solum habet locum in dispositionibus ad profana, verum nec etiam ad pia, ex Panor in rub de testam. ad fin. Bartolus receptus in l. 1. C. de sacros. eccl. q. 10. de quo agens de donatione inter viuos est, tex. in cap. cum olim 2. de priuil §. præterea, vbi gloss. habet illa verba, quia pro non donato habetur quod ab illo datur, qui non potest de iure donare, explicat Nauarr. sub titulo de donatio cons 6. & fuit doctrina Innocentij in cap. in decorum de ætat. & qualit. Nauarr. d titul. de reditib q 1. monit 21. durat enim paupertatis votum, dict cap. non dicatis. Nauarr. in apolog. q. 1. monit. 10. Lessius libr 2. cap. 41. dub. 8. numer. 73. §. sequitur, Syluester verbo religio 6. nu. 10. Duen. regul. 381. amplia 9. Licet autem talibus Episcopis regularibus detur administratio fructuum, hoc accipi debet, pro moderata familiæ substentatione, parcè donando vel elargiendo, idem Lessius lib. 2 cap. 4. dub. 5 nu. 9. facit const. Clementis Octaui contra prophanas regularium largitiones, Nauarr. comment 2. de regul. nu 9. & seqq. Vnde si aliter donauerit non solum peccabit, sed & donationes taliter factæ, nullæ erunt, & omnino irritandæ, nisi donatio remuneratoria sit quæ magis subit vicem solutionis, quā donationis, ex tex. in cap per tuas de donatio. l donari ff de regul. iur. Molin de primogeni libr. 4 cap 11. nū 49. Pinel. 3 part. l 1. num 64 Duen. reg. 220 limit. 1 Clarus §. donatio q 8. nu 17. Molin. Theolog dispu. 244. lit. A eleganter Barbosa in l. quæ dotis ff. solut matrimon. num. 34. vbi tenet tales donationes sustineri cum excessu 4 partis meritorum quod prius dixit Nauarr. in apolog de redditi. quęst 1. monitu 82. sicque debet explicari & intelligi Molin dispu. 838 lit. A. dum habet, prælatos libere disponere posse de fructibus, quod ita accipi debet, vt procedat in prælatis secularibus, iuxta ea quæ Molin. de primog. d. c. 10. lib. 2. n. 28. Ex qua ratione pariter causa mortis donare nō potest monachus factus Episcopus, quia illa donatio subit vltimę voluntatis naturā, in executione, cum sortiatur effectum post mortem donantis, gloss. verbo legatum in l. 2. ff de dote pręlegata, quam communiter approbatam dicit Socin. cons. 130. nu. 9 lib 1 Ias in l cum antiquitas. C. de testam n. 2. Alciat. in l. 2. n. 10. ff. de verbor. oblig Clar. § donatio q. 5. n. 1.

Ex quibus omnibus conuincitur maioratum adicto Episcopo constitui non potuisse, in perpetuam familiæ splendorem, sicque Senatui placuit reuocata priori sententia.

S V M.

SVMMARIA.

1 Ttenta lege Regia antiqua nullibi cauebatur vt vxor ad addictionem citanda foret.

Alienatio immobilium sine vxore interdicta est. ibi.

Alienatio ex causa necessaria non est proprie alienatio. ibi.

Maritus attento iure vt alienet non indiget vxoris consensu. ibi.

2 De iure Regio antiquo non requirebatur citatio vxoris.

3 Interpretat Ord. antiqua libr. 4. titul. 71. §. 12.

Explicata Ordin. libr. 3. titul. 86. §. 27. ibi.

Lex declaratoria antiquæ casus præteritos ligat. ibi.

4 Simplex nullitas non attenditur.

Addictio non valet cum vi expulsiua. ibi.

Sententia si est iusta licet ob aliquem deffectum nulla, sustineri debet. ibi.

5 Explicata Ordinat. libr. 3. titul. 63. §. 5.

Deffectus primæ citationis suppleri non potest non vero alterius. ibi.

6 Deffectus gabellæ quomodo annullet.

Explicata Ordinat. lib. 1. titul. 78. §. 14. ibi.

8 Quid importent illa verba, E as mesmas partes.

Illa verba d. §. 14. em todo tempo, &c. limitari debent ad 30. annos. ibi.

9 An illa pæna nullitatis habeat locum in addictionibus.

In addictionibus videtur quod inducitur nullitas vt in venditionibus. ibi.

10 Quando gabella soluta est antequam lis mota sit cassat nullitas in addictione.

DECISIO LXXVI.

An addictio facta retractari debeat eo quod omissa fuerit citatio vxoris tempore Ordinationis antiquæ, ad Ord. libr. 3. titul. 86. §. 27.



Ondemnatus fuit Antonius de Brito, in certa pecuniæ quantitate, vxori cuiusdam Alfonsi Ferreira, pro cuius sententiæ executione, capta fuit domus, quam in hac ciuitate possidebat, & cum hæc expedirentur tempore Ordinationis antiquæ, qua non erat cantum, vt vxores citarentur ad executiones sententiarum, vxoris citatio omissa fuit, perfecta addictione & misso creditore in domus possessionem, impedimenta obtulit vxor, d. Antonij & annullari postulauit, & tandem sententia Senatus obtinuit quod addictio annullaretur, à qua sententia reuisio petita fuit, & obtenta, cuius cũ iudex extitissem, cum septem senatoribus, sententiam senatus reuocandam duximus, & vt facilius quæ in processu agitabantur percipi possint, sub sequentibus quæstionibus rem distinguendã duximus.

Dubitabatur primo, an tempore Ordinationis antiquæ esset lex Regia quæ præciperet citari vxorem ad addictionem bonorum immobilium, & an illa nullitas esset metienda ab Ordinatione in noua compillatione.

Secundum, an illa nullitas tanquã simplex esset repellenda maxime quia licet in impedimentis opponeretur de læsione enormi quæ in addictione intercesserat, de ea tamen nihil probatum extiterat.

Tertium, an Ord. lib. 3. titul. 63. §. 5. prohibeat suppleri deffectus citationis, & quomodo intelligenda.

Quartum, quia opponebatur ex tali addictione gabellam non fuisse solutam, quæ tamen postea ante ingressum causæ, soluta proponebatur, an ex illo deffectu d. addictio esset annullada.

1 Et circa primum sine dubio est quod attenta lege Regia antiqua nullibi cauebatur, vt in addictionibus immobilium vxor citanda foret, quod fortasse ex eo omissum fuit, quia licet alienationes rerum immobilium sine vxoris consensu prohiberentur, per Ord. lib. 4 tit 6. quæ hodie est in noua compillatione titul. 48. tamen lex omisit alienationes quæ fiebant ex causa necessaria, quales sunt illæ quę vigore sententiæ fiunt probat Ordin. lib. 3 tit 93 § fin. quia non est proprię alienatio, l. in venditione §. 1 ff. de bon. auth. iudic possid. Alex. cons. 117. n. 17. lib. 5. Duen. reg. 240. limit. 6. Bald. qui sic intelligit tex. in c. quoniam §. fin. in fine vt lite non contest. Tiraq. libr. 2. de retract. §. 3 gloss. vnica n. 18. Menoc. casu 182. nu. 2. Barbosa in l. vsufructu n. 28 attento enim iure, maritus bona liberé alienat, nec indiget consensu vxoris, adeo vt etiam acquisita matrimonio constante, in ipsius dominio sint, & ab eo valeant vxore inconsulta alienari.

2 Vnde illa solemnitas citationis vxoris, attento iure Regio antiquo nõ requirebatur, vt sentit Gama dec. 203. quia quando maritus conueniebatur actione personali, si condemnaretur, poterant de iure capi pignora, & subhastari

hastari sine vlla partis citatione, ex Bald in cap. 1 de feud. sine culpa vass. non amittend. solum enim de iure communi ad addictionem partis citatio desideratur, ex Alberico in l creditor Cod de distract. pignor. Afflict. decis 358. Maranta de ord. iudic. titul. de executione sententiæ nu. 19. Parlador. lib. 2. quotid. c fin. 5 p. §. 9.

3 Verum adhuc obstat fortiter Ordinatio Regia antiqua libr. 4. titul. 71. § 12. quæ ante pignorum addictionem vxoris condemnati requirit citationem, vt explicat idem Gama d. decis. 203. ad fin. & de eo est l 2. tit. 5. part. 5. extrauagantium antiquarum, vnde dessumpta est ordinatio nouæ compillationis lib. 2 tit. 53. §. 1. qua cauebatur quod ad captionem pignorũ ad soluendum fisco vterque vir & vxor citarentur, non est ergo ambigendum etiam de iure Regio antiquo necessariam fuisse citationem vtriusque coniugis, ad addictionem perficiendam, quod quidem expressum est in Ordin. nouæ collectionis lib. 3 tit. 86. §. 27. non quasi de nouo illud inductum fuisset, sed apertius declarando, ea quæ iam antea erant disposita, qui sensus videtur verior. Vnde fit quod cum lex noua sit antiquæ legis declaratiua, comprehendit omnes casus qui de præterito trahunt originẽ, cum hodie sub dispositione legis nouæ in iudicium deducantur, ex his quæ eleganter Bart. in l. omnes populi nu. 44. ff. de iusti. & iure, Gama decis. 260. num. 3. Parlador. libr. 3. differ. 79. §. fin. quia licet effectus iam consumatus non extinguatur, licet perueniat actus ad casum, à quo incipere non potuit, hoc procedit in qualitate, quæ per momentum sufficit ad fuisse, non vero in illa quæ requirit perseuerantiam, & modo in iudicium venit, Gama decis. 27 num. 4. & 5. Morla in emporio 1 part. tit. 1. de legib. q. 6. num. 7. vers. tertius casus; nec dubitari potest Ordinationem nouam esse explicatiuam antiquæ, nam in d. §. 1. addictio permittitur sine consensu vel citatione vxoris, quod idem in d. §. 27. exponitur per verba clariora, quia olim solum loquebatur in termino signando; de quo hodie agitur in eadem Ord tit. 86 §. 28. additio enim non nisi speciali iudicis mandato expeditur, ex Valasc. cons. 37. num. 3. ac proinde quia actus maxime præiudicialis citationẽ partis desiderat.

Quæ omnia etiam si vera agnoscam, tamen non sufficiunt vt addictio facta annulletur vt infra dicam.

4 In secunda quæstione totus vertebatur labor, an ex illo defectu, & nullitate allegata, deberet addictio retractari, & receptissimũ est à tribunalibus exulare simplices nullitates, doct. in l. fin §. fin. ff. quod metus causa, prosequitur Gregor. l. 10. titul. 4. part. 3. Afflict. decis. 372. Gama decis. 324. Valasc cons 65. ad fin & de iure emphyteusi quæst. 6. num. 14. & de partitio c. 39. num. 72. Cabed. 1. part. decis. 36. & 159. nec obstat l. si cum nulla 58. ff. de re iudic. & l. 1. C. de executio rei iudicatæ, vbi si capta sunt pignora, quando nulla sententia præcessit, distractio reuocatur, quia hæc iura procedunt in vi expulsiua quæ non patitur addictionem valere, secus tamen esset si vis tantum daretur compulsiua, vt in d. l. fin. §. fin. quod metus causa, sicque explicatur Bart. in l. à diuo pio. § in venditione nu 6. ff. de re iud. dum habet quod si iudex incæpit à captura, & sic indebitè nihilominus solutio facta creditori sustinetur, explicat Paulus cons. 472. num. 4. libr. 1. vbi docet quod licet quis inordinatẽ sit captus, non debet relaxari si constet de vero debito, argum d. §. fin. Iass. d. §. in venditione num. 12. Neguss de pignor. 2 membr. 2. part. num. 23. faciunt quæ idem Paulus in d. l. si cum nulla in fine, vbi habet quod quando

ex sententia iusta, fit iniusta executio, & inordinata, valet si constet de debito, Bernard.reg.168. Aufles prætor. capit. 11. verbo sentenciadas, fol 162. Neuisan.consf.77.à num.7.& in causa criminali Gramati.consf.40.num.26. Gama decis. 237.num.3. & decis. 40. vbi non auditur opponens de nullitate addictionis nisi prius debitum deponat Socin. cons 99.libr.4 num.10. & succedunt quæ Vantius de nullitat. rubr.vlt nu 128 ad finem, dum tenet quod si sententia ob aliquem deffectũ est nulla, & tamen in se est iusta, debet confirmari per iudicem appellationis, spreta nullitate, Bart in l. si exprssim num.15. ff de appell. & in specie ita seruari in senatu Sabaudiæ Antonius Faber. in Codice Fabrian. lib 7. titul.20. diffinit.53. cuius verba sunt nisi prius offerat quicquid debet cum certissimi iuris sit executionem quantumuis nulliter factam, si tamen pro debito facta fuerit tenere.

Vnde praxis recepit quod nullitatis nuda allegatio non admittatur nisi quando insimul pars proponat, interesse probabile, sibi ex nullitate obueniens ex Roman.cons 499.num.2. & ex Alex. in d.l. non solum.§.morte, num.47.ff.de noui oper. Vantius vbi supra num. 108. Surdus cons 227.nu. 17.& cons 181.num.28. quod sine dubio procedit in senatu supremo vbi princeps representatur, & ex eo ibi possunt deffectus processus suppleri, Valasc.de iure emphyt quæst.6. num. 14.Vantius d.rubr.vlt.num.24. sicque procedit Ord.lib.3 titul 63 § 3.

5 Nec obstat d.Ordin.in §.5 dum vetat nullitatem suppleri quæ prouenit ex deffectu citationis, vel ex aliqua ex nullitatibus ibi expressis, prout est deffectus curatoris de quo etiam Ord. libr 3. titul. 41. §.8. quia satisfit quod illa ordinatio, non debet intelligi de quacunque citatione in discursu processus necessaria, vel in addictione, quia procedit in prima citatione, ad causam, quæ in se includit naturalem defensionem partis, Clem. pastoralis §. quia vero de re iud. cap. 1. de caus. poss. Valasc de partitio.cap 7.à nu.2. & ideo ad omnes actus iudicij prima citatio sufficit, ex Ord.lib.3.tit.1.§.13. & tit 47.§.4.& ideo hæc prima citatio tanquam iudicij fundamentum non omittitur, nec præsumitur, nisi de ea constet, ex Felin.in cap.tenor num.1. de re iudica, Tiraq de præscriptio fol. 62. Peres ad l.2. Ord. in fol. 493. Menoch.lib 2.præsumption.22. Mascard. conclus. 290.& 1110.& 1315. num.9. Flamin de resigna. lib.10. quæst 8 nu. 57 nisi sit sumarissimum iudicium, in quo citatio partis necessaria non est, Gutierr. lib.1. cano. c.34.á num.103. adeo vt aliquando in rebus magni præiudicij non quælibet citatio sufficiat, sed requiratur personalis, Gonzales glos.9 in annotatio num.119.

Quod autem illa Ordinat.in d.§.5. procedat in d.prima citatione, probatur in comparatione alterarum nullitatum, ibi expressarum, qualis est deffectus curatoris vel falsi procuratoris quæ singulæ nullitates causam attingunt à principio, & cum ipsa incipiunt prout & ipsa citatio ad causam.

6 Nec tandem obstabit quod in vltima quæstione opponitur, quod in hac addictione considerabatur deffectus gabellæ, non solutæ, cuius omissio contractum vitiat, & addictionem ex Ordin.libr. 1. titul.78.§.14.in fin. vers. *E isto mesmo*, vbi se referet ad id quod in principio disposuerat in venditionibus in quibus.d. Ordin. statuit vt certitudo gabellæ in ipso venditionis instrumento inseratur, de quo Gama decis. 90. num. 4.& decis.371. sub nullitatis pœna quam nullitatem per verba geminata inducit, ibi, *sejão nenhũs, & de nenhum effeito*, quæ verborum geminatio quid importet exami-

minat-

minat Tiraquell in l. si vnquam, verbo reuertatur num. 46. Cotta in memorabilibus verbo geminatio, Caldas Pereira de extinctione cap. 18. num. 1. ex quo videtur quod ex tali contractu possidens si spolietur restitui nequeat, quia iam erit alicuius effectus, sed adhuc puto restituendum quia hoc conceditur in odium spoliantis, & ex contractu nullo transfertur possessio, l. quod vir vxori ff. acquir. poss. Gomes. l. 45. Taur. num. 23. Menoch. 1. remed. recup. num. 6. & 15. & remed. 15. num. 448.

8 Deinde addit quod ipsimet contrahentes, contra contractum venire possint, quod ex eo est quia cum contrahentes non poterant impugnare factum proprium, ex regul. tex. in l. post mortem ff de adopt. Ordin lib. 4. titul. 48. §. 3. ideo lex Regia indulsit vt audiantur partes ipsæ, prosequitur Afflict. in cap. vltim. numer. 48. quæ sint regal. Medices de compensa 2. p. quæst. 30. num. 19. Vaz allegat. 28 nu. 55. Cardoso verbo gabella numer. 4. Ex quo colliges deceptum fuisse doctissimum Barbosam in suis annotationibus ad illam Ordinationem dum intelligit quod attenta illa lege soli contrahentes possunt opponere de illa nullitate motũ illis verbis, *& as mesmas partes*, quæ ideo posita sunt vt explicarent casum magis dubium quia contrahentibus non licebat venire contra factum propriũ alijs autem de iure licebat quorum intererat.

Vltimo quod omni tempore allegans hanc nullitatem admittatur, ibi, *em qualquer tempo*, in quo videtur excludere 30. annorum præscriptionem, ex his quæ Boer. decis. 182. numer. 4. quia hoc lex potest facere ex Balb. 1. part. quæst. 14. Rebuff. de in integrum restitutione artic. 1. gloss. 4. vers. & sic Rex, Aymon cons. 775. num. 3. Osascus decis. 102. Caldas Pereira verbo sua facilitate num. 80. Cabed. decis. 70. num. 3. sed puto verius esse quod illa permissio non extendatur vltra 30. annos, quia illa verba, *em qualquer tempo*, exponuntur, ac si dixisset semper, cuius vis vltra trigesimum annum non protenditur, Valasc. de partitio cap. 25. num. 24. sicut actiones perpetuo duraturæ eodem spatio concluduntur, l. sicut, l. omnes. C. de præscript. 30.

9 Quæ omnia eadem Regia ordinatio videtur extendere ad additiones, dum subdit, *E isto mesmo se guardará nos bems que se venderem em pregão, nos quais os escriuães que fizerem as arremataçoẽs serão obrigados do dia da arrematação a tres dias o fazerem escreuer no liuro das sizas, & cobrar certidão do escriuão dellas, &c.* Verum licet sæpissimè in senatu pro hac parte iudicatum viderim aliquando etiam pro contraria iudicatum extitit vt casus additionis non sit sub regula dictæ ordinationis cuius partis fundamenta nõ sunt contemnenda, suadet namque dictam ordinationem non sic intelligendam in additionibus ac in venditionibus, quia hoc secundo casu non annullat contractum licet gabella statim soluta non sit, quia non repetit decretum irritans, quod lex exprimeret si vellet, l. vnica §. sin autem C. caduc. tollend. cap. ad audientiam de decim. Tiraquell. in l. si vnquam, verbo libertis num. 3. Valasc. cons. 53. num. 6. maxime in materia pœnali l. sanctio legum ff. de pœnis, vnde fit, quod licet quoad alia censeatur eadem pœna repetita, contra scribam, qui intra triduum certitudinem gabellæ solutæ non deduxerit, tamen nullitas contractus salua manet, cum parti non incumbat eo casu d. certitudinem adducere, sed tabellioni, ibi, *os tabelliões serão obrigados do dia &c.* quare cum verba legis ad tabellionem dirigantur, contrahentes non ligant, ne alias ipsi ex facto alieno puniantur,

puniantur, & ex negligentia scribæ, cum sufficiat soluisse gabellam vt additio teneat, vnde illa verba *E isto mesmo*, sunt referenda ad finem versiculi præcedentis, vbi lex loquebatur cum tabellione, vt certitudinem gabellæ insereret & continuatiuè procedit, & cum ijsdem loquitur, eos obligando, vt in addictionibus dict. certitudines extrahunt, sub eadem pæna, amissionis officij, vel dirigitur ad partes quãdo nõ soluent gabellam omnino quia & eo casu addictio nulla erit.

10 Quod quidem in casu de quo agimus minus habebat dubij, quia probabatur gabellam addictionis solutam fuisse, antequam causa inciperet, quod licet non sufficiat in venditione, quia nisi inseratur certitudo gabellæ, contractus caducat, tamen in addictione in qua illa forma non requiritur sufficit, vt gabella ante ingressum causæ soluta appareat, vt declaratur in ipso regimine gabellarum, cap. 4. §. 12. & in regimine Gamæ Regiæ cap. 69. idem exprimitur, & de iure idem est ex l. hoc edicto ff. de publican. l. edicto. ff. de iur fisc. Gomes. l. 9. Taur. num. 31.

Atque ex his fundamentis D. Aluarus Lopez Monis Regius procurator & magnæ eruditionis vir, & D. Hieronymus Pimenta d'Abreu Cæsaris patrimonij procurator D. Franciscus Caldeira in vtraque Vniuersitate Salmaticensi & Conimbricensi Primarius iuris Cæsarij professor qui dexteritate ingenij nulli cedit cum alijs illius ordinis viris quos omitto ne longior fiam quibus ego accessi sententiam senatus reuocandam duximus qua sententia addictionis nulla declarata fuerat. Scriba Azeuedo.

SVMMARIA.

1 *VXori de iure cõmuni non est prohibitũ contrahere.*
Interpretata l. veles C. de noua. dona. ibi.
2 *Interpretata l. si vxor Cod. de pignor.*
Maritus hæres vxoris eius factum non impugnat. ibi.
Interpretata Ordinat. lib. 4. titul. 42. §. 4. ibi.
3 *In hoc Regno non potest vxor contrahere sine marito.*
4 *In Hispania interdicitur vxori administratio.*
In foro conscientiæ non est tutus qui à sola vxore emit. ibi.
5 *Quæ sit ratio cur vxori interdicatur alienatio.*
6 *Interpretata l. veles. Cod. de reuocand. donatio.*
Ponderatur l. si vxor C. de pignor. ibi.
7 *In l. veles vxor donauit rem ad maritum non spectantem.*
Pignus in re aliena non consistit. ibi.
Lex Regia prohibendo vxori cõmunium rerum alienationem non corrigit

corrigit ius. ibi.

Lex prohibens vxori alienationem procedit in fauorem mariti. ibi.

Apud nos vxor non disponit de re communi nec pro sua parte quia præiudicat vsufructui mariti. ibi.

Solum vxor disponit sine marito per vltimam voluntatem. ibi.

8 *Si maritus absit contempta familia valet venditio vt maritus teneatur reddere prætium vxori datum.*

DECISIO LXXVII.

An vxor marito absente possit vendere mobilia, ad Ordin. lib. 4. titul. 48.



Xorem filiosque reliquerat Sebastianus Rodriguez d'Andrade cumque necessaria ad substentationẽ familiæ subtraxisset, & à domo longe abesset, vxor mullam vendidit quam paulò post, ipse Sebastianus ab emptore vindicabat, arguens de nullitate venditionẽ ab vxore celebratam, ipso absente, Præses venditionem approbauit, & re delata ad Senatum circa illa duo quæstio vertebatur, an venditio facta à sola vxore teneret, secũdũ an prætium emptori á marito reddendum esset.

1 Et quoad primum aduertebam quod de iure cõmuni vxori non erat prohibita bonorum suorum administratio, eorumque distractio, sed magis permissa, vt in dubitanter probat tex. in l. veles. C. de reuocand. donatio. ibi, *desine itaque postulare vt donatio quam perfeceras renocetur sub prætextu mariti, & liberorum absentia cum hujusmodi firmitas ipsorum præsentia non indigeat*, & ibi notat gloss. firmans contra seruari, apud Lombardos per legem municipalem, quam habent, & ibi notat Bal. & in cons. 130. vol. 4 Angel. cons. 353. nu. 1. & probat Ancharra. cõs. 364. & Tiraq. de iure mariti gloss. 8. n. 5. firmans cõsuetudines contrarias esse iuris correctorias ac proinde restringendas, ex Imola ab eo citato cons. 24 sed dubio hoc non caret, vt infra dicã ex Couar. de spõsal. 2 p. §. 1. c. 7. in paruisso. 117.

2 Pro hac parte citat Tiraq bonũ tex. in l. si vxor tua C. de pignor. vbi vxor pro pecunijs mutuo acceptis bona hypothecauit, & pignori obligauit, eaque mortua marito hæredi instituto præcepit, prædictas pecunias vt soluat si velit pignora, sed adhuc dici potest, tex. procedere quia mutuum fuerat contractum de consensu viri, sed quia diuinat dici potest, tex. procedere, quãdo maritus est hæres vxoris, cuius factum ideo improbare non potest, ex notatis in l cum à matre C. de rei vindic Pinel. in l. 1. 3. p. n. 79. Barbosa in l. Lucius nu. 10. ff. solut. matrim. Molin. disput. 216 fol 1318 Inducit etiam Tiraq. tex. in l. siue generalis 62. ff de iur. dot. in fine, vbi curatori vxoris, marito absente permittitur bonorũ distractio, ne dum ergo idem concedendum est ipsimet vxori, sed non considerauit vir ille illum tex. loqui, & procedere quãdo illa distractio bonorum fit ante contractum matrimonium; ex eo quia vir nollebat matrimonium contrahere, nisi in pecunia dos sibi præsta-

præstaretur, quo casu consultus respondit, curatorem cum decreto iudicis posse bona alienare, vt sic cum gratia viri matrimonium possit contrahi, & dos in pecunia constitui, qui casus longe distat à nostro, in quo agimus de bonorum alienatione facienda post contractum matrimonium, inuito vel in scio marito, Strictius hanc opinionem probat d.l. veles, quæ non patitur infirmari donationem, propter viri absentiam, idem ergo est dicendum, in qualibet alia alienatione, & pro hac opinione, videtur arguere Ordin lib.3 titul.42. § 4.ibi, *& for lesa assi nos contratos como nos juizos*, dum innuit, posse vxorem contrahere, quare cum nulla lege Regia, expresse vxori contractus prohibitus sit, sine marito, casus debet manere in dispositione iuris communis, secundum quod vxor alienat, vt in d.l veles, atque ex his fundamentis videbatur præsidis sententia sustinenda.

3 Verum contrarium credo quod in his regnis vxor non potest, sine consensu mariti contrahere, ac proinde neque in iudicio stare, quamuis bona sint mobilia, quod palam deducitur, ex communicatione bonorum per consuetudinē, & leges regni lib 4. titul.47. inductam, per quam omnia bona sunt communia, qua ratione ne propter sexus fragilitatē marito præiudicium aliquod inferatur, conuenit vxori, omnem bonorum administrationem vel alienationem esse interdictam, meminit Menchaca lib. 1. quæstio. Forensium. cap. 11 num 3. & seqq quod quidem ab speciali probat Ord lib 4 tit 66. vbi permittitur vxori á concubina mariti donata ab ipso reuocare, ibi, *Essa cousa que assi vingar seja sua propria*, & ibi, *E que possa fazer della o que quizer*, idem esse in Hispania dicit Menchac. libr. 1. quæstionum forens. cap. 10. in princ. clare ergo ostendit excepto hoc casu non habere vxorem administrationem bonorum nec alienare posse.

Hocque ipsum persuadetur, si consideremus, hac eadem ratione defendi leges Hispanas, quatenus disponunt omnem bonorum administrationem ad maritum spectare, vt disponitur libr. 3. foro legum titulo 20. l. 13. vbi notat gloss 1 & libr.1. titul.11. l.fin. vbi etiam gloss. verbo *E outorgare*, & l Tauri 55. vbi Gomes num. 2. prosequitur Couar. d.§.1. num.1. & in reg. peccatum §. 3 numer. 10. vbi citans Soarium in l. 63. titul. de las deudas, Tiraquell. & alios resoluit in foro animæ non esse tutum qui ab vxore sic alienata possidet, quæ omnia etiam consonant iuri Canonico secundum quod mulier transit in viri potestatem. c.mulier 23 quæst. 1. facit illud Genes cap.3. ibi, *sub viri potestate eris, & dominabitur tui*, & probat Ordin. d.libr. 4. titul 66. ibi, *em poder do marido*, quare idem quod apud Hispanos, in hoc regno obseruandum est

5 Quæ autem sit nostrarum & Hispanarum legum ratio, vt mulieri interdicatur suarum rerum administratio, dubitari potest, & hoc totum sexus fragilitati Doctores tribuunt, quia mulieribus est peculiare, vt in propria incōmoda laborent, & ruant, vt per Pallati. in repet. rubr. §.68. nu. 2. Doctores in l.transactionem. Cod. de transactio, Tiraquell. in leges connubial. gloss. 5. numer. 26. Menchac. libr.1. quæstion. forens. cap.11. num.3. vbi citat Decium cons. 502. tanta est enim illius sexus fragilitas, vt olim in perpetua cura esse notanter doceat Baeça de decim. tutor cap.14. num.5. Sed hanc rationem nunquam probaui, quia si sexus fragilitas in hoc attenderetur, non permitteretur mulieri solutæ, suarum rerum administratio, vt in dict. l. Taur. 55. adnotauit gloss. 1. versicul. si tamen, & præ-

& præsentit Pallat. d.§.68.in princip. & hoc arg.vtitur Baeça de nō melior. filiab. cap. 11. num. 60. nec insuper Ordinat.d.titul.66.Vxori concederet dispositionem eorum,quæ à concubina reuocat, si sexus fragilitas attendenda foret: rectius igitur dicendum videtur, causam impulsiuam, illarum legum esse, mariti damnum,quod inde poterat subsequi, ita Bald. & Salyc. in l.1.C,vnde vir & vxor, Angel.cons. 88. Tiraq in leges connubial. gloss.8. num.40. Menchaca d.cap.11. num.3. ac proinde in fauorem mariti debet hæc prohibitio inducta censeri.

6 Vnde infertur has leges Regias dum vxori bonorum cōmunium administrationem, & alienationem denegant,non esse iuris communis correctorias, vt vulgus putat, neque obstat tex. in d.l. veles quia vt considerauit gloss.4. in d.l 55.Tauri, in fine lex illa loquitur in donatione facta filio, quam posse vxorem facere marito inconsulto filiorum fauore gloss. illa admittit, prout etiam admittit Ord.lib.4 titul.96.in princ. ibi, *doação polo pay, ou mãy, ou por ambos*, nisi intelligas de matre vidua, vel de matre donante de consensu mariti.

7 Sed hæc interprætatio parum arridet,siquidem restringit illum tex. vt solum procedat in donatione facta filio,non vero extraneo,quod est contra communem,illum tex.intelligentem, in donatione cuicunque facta, idque ratio exposcit,quamuis de filio ibi propter casus contingentiam fuerit facta mentio, & confundi potest, per l.si vxor tua.C.de pignor. vbi bona pignori vxor dedit extraneo, non filio, & validus fuit contractus,quare verius videtur, quod ille tex. & similes,qui vxori contrahendi concedunt facultatem,& alienandi debent intelligi circa bona propria, ipsius vxoris, quorum nulla pars ad maritum spectabat,quia cum hoc casu nullum marito possit inferri præiudicium, non est cur vxori denegetur libera contrahendi potestas, secundum quem intellectum, omnia sine vllo obice procedunt, conceditur enim mulieri solutæ bonorum administratio, quia sibi soli,& non marito nocet.

Esse autem veram hanc interpræ-tationem facile deffendi potest, si cōsideremus d.l.veles loqui, in donatione facta ab vxore, eademque volente, illam reuocare, & sic prædia donata, & mancipia repetere, quo casu indubitanter præsupponit, rem propriam ad maritum, non spectantem vxorem donasse,aliter enim si aliena res esset, donatio non teneret vt per gloss & Doctores in l. si quis alienam. ff.de actio empt. quapropter in casu illius tex. videtur sine dubio donationem factam fuisse,de re propria, ipsius vxoris,quemadmodum in d.l.si vxor tua, propria bona pro mutuo fuerunt pignori data, vt ex litera illius tex. patet, ibi res proprias obligauit, aliter enim neque pignus stare posset, ex his quæ tradit Neguf. de pignor. 3. memb. 8. part. num. 13. Vnde fit nostras leges Regias non repugnare iuri communi, quia procedunt prohibendo vxorum alienationes,in bonis in quibus suam habent partem mariti, quibus præiudicium generari non debet, vnde in eius fauorem tales leges conditas recte comprobat Pallatius d.§.68.nu.3. Baeça d.c. 11 num. 60. Galeaula dicit tales leges fauorabiles in Rubr.de verbor. num 137. atque ideo maritus renuntians huic fauori, potest gesta expostfacto firmare si velit Palat d. nu. 3.& seqq. Quare si apud nos vxor donet eam rem quam ex pacto retinuit immunem à communicatione non valebit distractio quia fit cum præiudicio vsusfructus mariti nec valebit pro parte vxoris ex regul. l. 1. & 2. Cod. commun. rerum alienat. quia rei communis alienatio valet pro

parte

parte alienantis secus in vxore cui interdicta est administratio vnde solum per vltimam voluntatem marito inconsulto disponit.

Atque ex his fundamentis conuincitur perperam praesidem iudicasse, venditionem mullae validam, extitisse factam ab vxore, cum non propria vxoris esset, sed communis late comprobat Cabed. decis. 106. per totam.

8 Verum in secunda quaestione placuit quod quia constabat maritum sine cura familiae, data opera discessisse, licet stricto iuris rigore valere nequeat alienatio, quia saltem debuit adiri iudex cuius authoritate fieret distractio, vt suppleretur viri absentis consensus, argum. Ordin. lib. 4 tit. 47. §. fin. lib. 4. tit. 12. & lib. 3. titul. 63. § 4. Cabedo d decis. 106. nu 5. tamen quia praetium mullae constabat versum, in substentationem familiae, cuius cura, & regimen ad maritũ spectabat, iussimus vt reddita mulla marito sine vlla aestimatione fructuum, ipse praetium pariter redderet emptori, quasi vtiliter eius negotium gestum fuerit, dum etiam eo inuito vtiliter in eius familiae sustentationem impensum est, arg. l. soluendo. ff de negoti. gest. faciunt quae Cabed. decis. 106. num. 8.

Atque ex his sententiam reuocauimus hac declaratione, scriba Esteuão de Crasto.

SVMMARIA.

1 *SI pater solum disponit de tertia filios videtur instituisse in suis legitimis portionibus.*

Institutio eo casu tacita est. ibi.

Beneficium edicti diui Adriani non competit nisi filio instituto. ibi.

Contrarium aliqui tenent. ibi.

2 *Confutatur opinio Acostae.*

Non oberit licet pater vltra tertiam aliquid disponat. ibi.

Interpratata Ordin. in summario, ibi, da terça somente, *ibi.*

3 *Quando vxori relinquitur tertia, & post eam filiae tunc vxori solum censetur relictus vsusfructus.*

Quando dispositio concepta est in persona filiae, & vxoris, valet respectu vtriusque. ibi.

4 *Pater si inter filios disponit, & admiscet extraneum respectu huius requiritur plena solemnitas.*

5 *Annullata dispositione respectu matris filia capit per ius non decrescendi alteram partem.*

6 *Filiae haeredi institutae si tertia relinquitur illam capit titulo praelegati.*

DECI-

DECISIO LXXVIII.

An ex testamento nuncupatiuo minus solemni possit uxor tertiam à marito accipere quando ei filia substituta fuit, ad Ordinat. lib. 4. titul. 82.

Decedens Antonius Aluarez, nuncupatiuè suum vltimum elogium concepit, & coram tribus testibus, vxori tertiam bonorum reliquit, in vita sua, duntaxat fruendam, eique filiam post eius mortem substituit. Reliqui filij de nullitate testamenti opponebant eo quod ipsi non fuerant in eo instituti, cum sine hæredis institutione testamentũ stare non posset, §. ante hæredis instit. de legat. Vxor vero pro sua defensione, adducebat Ordinat. Regiam lib. 4. titul. 82. vbi disponitur quod quotiescunque pater disponit de tertia parte bonorum, censetur tacite filios instituisse, in sua legitima, deinde quod illud testamentum nuncupatiuum, coram tribus testibus valuit, etiã quoad tertiam, quia in ea fuerat filia substituta, ratione cuius illa imperfecta dispositio, ratione solemnitatis testium valet, quia licet in nuncupatiuis testamentis, sex requirantur testes ex Ord lib. 4. titul. 80. §. fin. tamen illud non procedit quando tertia filiæ relicta est, in cuius fauorem solemnitas remittitur §. ex imperfecto in l. hac consultissima C. de testam. cui cum adhæreat dispositio in fauorem vxoris concepta inseparabiliter, eodẽ etiam priuilegio gaudere debet, ex ratione tex. in l. si communem. ff. quemadmod. serui amittantur: ex quibus iudex, reliquos filios exclusit, qui petebant vt hæreditas traheretur ad causam intestati, quia tertia inter omnes erat diuidenda, & tertiam substitutæ filiæ in totum adiudicauit, quia iam mater eo tempore decesserat, in cuius confirmationem senatus inclinauit, diuersis tamen fundamentis, & inter alia á Iurisconsultissimis Senatoribus illa principaliter dubia mouebantur.

Primo, an satisfactum fuisset Ordinationi Regiæ libr. 4. titul 82. substituendo filiam matri in tertia parte bonorum hæreditatis.

Secundum, an valeat illa dispositio imperfecta ratione solemnitatis etiam quoad vxorem.

Tertium, an illa tertia bonorum pars pertineat ad vxorem in vitia sua, vel statim filiæ acquiratur in vita ipsius.

1 Et quoad primum indubitati iuris Regij est, quod quando pater disponit de tertia tantum suorum bonorũ, videtur tacite filios instituere, in sua legitima, si vel tertia alteri ex filijs, vel alicui extraneo relinquatur, patet ex lege Regia libr. 4. titul. 82. in fine princip. ibi, *como se expressamente fosse instituido*, in quo videtur ortum habere á Bartolo in l. gallus nu 5. ff. de liber. & posthum. dum tenet, quod sufficit, quod filius sit tacitè institutus sequitur Paulus in l. si quis § fin. eod titul. ad quod facit tex. in l. si mater C. de inoffi. testam. licet aliter sentiat magis cõmunis ex Ias. & Alex. in d l gallus, Guilel.

Guilel.in cap.Raynutius fol.205. nu. 39. Azeued.in l.1.titul.4. lib.5. recop. num.173 Zeuallos quæst.182. vbi late explicat Valasc. conf 165. & conf. 68. num.2. & de partitio cap.21. num.31. Vaz allegat.29 num.133. & allegat 61. à num 25.Gama decis.153.& 173. qui ampliat in posthumo Caldas Pereira de nomi.quæst 11.nu 9. Costa in cap.si pater, verbo censendum num. 17. in fine qui ampliat in pupillari substitutione quæ sustinetur ex institutione tacita, Negreiros lib.1.cap.14.nu 43.& lib.2.cap.4. n.23 idem Caldas Pereira de nomi. quæst.9. num.5. & de emptione cap. 27. num.35. & licet idem Emanuel à Costa in l. gallus. §. & quid si tantum in princip.nu 46. adnotauerit ad validitatem talis testamenti requiri, vt pater in tertia ipsa, filium instituat, vel illum cui eam relinquit, quod dicit probari quia lex præsupponit, patrem testamentum facere, quod stare non potest nisi hæres instituatur, iuxta l.non codicillum C. de testam. Inferens exinde, quod si hæres non reperiatur institutus filius cui tertia relinquitur, non possit vti beneficio l.fin. Cod. edict. D. Adrian. quod solis hæredibus scriptis conceditur, vt firmat ibi Alex. nu.22. Decius 39.Curtius 86. Angel.in l.forori ff. si pars hæredit. licet Bald. in cap.1. de controuer.inter.mascul.& fœmin. n.1. aliter sentiat, remedium d.l.fin. etiam concedi hæredibus non scriptis, si sint sui hæredes, quia sola existentia sufficit pro qua opinione facit tex. in l. ex facto ibi quid enim interesse ff. de vulgar. & est receptius ex Bald. in l.3. C inoffic testam. Fulgos in d.l.forori, & Alex in d l fin. Cod. de edict. D.Adrian num.11.

2 Tamen hæc Costæ opinio neutiquam placere potest, cũ videam legem Regiam, solum cõsiderasse, quod pater solum cogitauit disponere de tertia sua, in quo tacite visus fuit filios hæredes instituisse, quam tacitam institutionem lex Regia probauit, licet de iure communi contraria esset communior opinio, ac proinde non est cur noua requiratur institutio, in tertia & notanda sunt illa verba, *ou a mandarem distribuir como for sua vontade*, in quo videtur lex aperte innuere, posse ad libitum testatorem de sua tertia disponere, late Surdus decis. 21. num.14 nec pariter oberit si pater vltra tertiam disponat, quia illa verba Ordinationis *de sua terça*, non dant formam dispositioni, & vtile per inutile non vitiatur, imò illud plus debet resecari, ad similitudinem inofficiosæ donationis, vt per Palatium in l.Taur.19 num. 2. qui in tertia loquitur vbi num. 3. quod pro rata fiet diminutio, si pluribus fuit relicta Ferdinand in l. Taur.25 à num.6. Obstat tamen quia cum lex ista in hoc sit contra magis communem, restringi debet ad casum in quo loquitur, l cum quidam. ff. de liber. & posthum. pro qua parte vrget rubrum huius legis, ibi, *somente da terça*, vbi se ad illam restringit, sed adhuc verius credo contrarium, quia lex Regia solum habuit respectum ad mentem, & voluntatem testantis qui filios visus est instituisse cum de sola tertia disponit, & vtroque casu vel vltra tertiam disponat, vel intra voluit filios vocare, ad legitimã, nam de facultatibus suis plus sperant homines quam in ipsis est, §. in fraudem instit. qui & ex quibus causis, nec illud verbum *somente*, inductum fuit pro forma, sed duntaxat, ad intellectum testatoris, qui solum voluit, de sua tertia disponere, & ideo licet excedat de tertia videtur disposuisse, facit l qui quartam.ff.de leg.1. vbi legatum in quarta parte tenet licet sonet in dimidiam ex intentione testatoris.

3 Quibus præhabitis recte infertur, potuisse relinqui vxori dictam tertiam,

tertiam, & post eam filiæ, vt post eius mortem admittatur, tunc enim vxori solus vsus fructus censetur relictus, ex his quæ Menoc lib. 4. præsumpt. 141. Verum quia in præsenti testamentum, erat nuncupatiuum, sine ligitimo testium numero, filia statim ad tertiam admitti debuit, non quasi á secundo gradu inciperet dispositio, ex ratione l. si filius ff. hæred. instit. l 3. ff. deliber & posthu. quia tertia accipitur titul. legati, vel relicti, quando vero relinquitur filio hæredi in legitima, instituto tacite, titul prælegati accipitur

In secundo dubio controuertebatur, an illa rigurosa legis solemnitas dum sex requirit testes in nuncupatiua dispositione, lib. 4. titul. 80. § fin doctissimus Egidius 4. part. l. 1. C. sacros. eccles. num. 11. procedat, etiam in hoc casu, & videbatur suaderi non esse illã summam solemnitatem obseruandam primo quia cũ tertia particulari titulo legati capiatur, legat. nutu relinquuntur, l. nutu ff. de leg 3. sufficitque testibus probari, quorum numerus cum expressus non sit, duo & ad summum tres sufficiunt, c in omni de testib. l. vbi numerus C. de testibus, & in nominatione emphyteutica probat Ordin lib. 4. titul. 37. § 3. ibi, *por testemunhas ao menos* vbi suppleri debet verbum tres, vt declaratum fuit Aresto Senatus fol. 143. libr. vlt. explicat Ægid. in l. 1. C. de sacros eccles. 2 part. nu 26. Valas. cons. 61. num l 14. Gama decis. 85. & de sacram præstand. quæst. 6 num. 20. Gomes l. 40. Taur. num. 59. sicut alias in fideicommisso nullus testis requiritur sed sola fides hæredis, spectatur l. fideicommissum ff. de condict. indebit. l non dubium vers. illud. de testam, l. si veritas C. de fideicommis. Egidius in d l. 1. C. de sacros. eccles. 2. part. n. 37. & duo sufficiunt testes l. ait prætor §. si iudex. ff. de re iudic. & aliquando vnus l. teopompus ff. dot. prælegat. Deinde quia cum hæc dispositio partim fuerit concepta fauore filiæ & partim fauore vxoris, licet respectu vxoris maior solemnitas requiratur d. §. ex imperfecto tamen sufficit dispositionem concipi in filiam, vt dispositio valeat respectu vtriusque personæ, sicut alias in socijs videmus, qui cum communem causam habeant, vnus alterius priuilegio iuuatur, vt in patrono sæculari & ecclesiastico qui priuilegijs ecclesiastici fruitur ex his quæ per Doct in cap 1 de iure patronat. libr. 6. facit Ordin. lib 3 tit 80. § 1. l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus, & in criminalibus, Clarus §. fin q. 94 nu. 4. Caldas Pereira verbo vel aduersarij dolo nu. 6. Cabed. decis. 21. n 10 Afflict. decis. 215.

4 Verum aliud in præsenti dicendum est nam licet pater inter filios disponat, ea solemnitate solũ quæ attento iure naturali requiritur, l hac consultissima §. ex imperfecto. C. de testam. l. fin. C fam. hercis. tamen si in illa dispositione miscetur extraneus, respectu illius omnis solemnitas actus desideratur d. § ex imperfecto in fin. d. l. fin ibi *quibuscunq; verbis vel indicijs*, nec iuuatur priuilegio filij quia cum illud speciale sit eius personam non egreditur quia res est diuidua, potestque separari, vtile ab inutili, regul. vtile libr. 6. Couar. pract. cap. 34. nu. 2. facit Ordin. libr. 3 titul. 42. §. 4. & lib. 1. titul. 87. §. 45. Barbos. 3 p. l. 1. num. 33. Menoch remed. 1. recup. nu. 377. & de arbitrar. cas. 95. idem Caldas Pereira verbo vel aduersarij dolo nu. 25.

5 In vltimo dubio controuertebatur supposito quod respectu vxoris, relictum tertiæ non valuit, quo iure filia admittenda sit, an ex vi substitutionis, vel an potius tertia ad omnes filios pertineat, veniatque inter eos diuidenda, vt decidit Imper. in d §. ex imperfecto.

Sed neutro ex his modis filia admittitur quia cum esset vxori relicta tertia in vita quo casu vsufructuaria

censetur ex his quæ Menoch. d. præsump. 141. & hæc dispositio corrueret ex deffectu solemnitatis, filia statim admittitur ad legatum tertiæ, tanquã vxori coniuncta, ex reg. l. re coniuncti ff. de leg. 3. de quo est tex. in l. separatim ff. de cond. & demonstrat. & hoc casu potius est ius non decrescendi, vt vsusfructus vxori relictus iure consolidationis proprietatem sequatur, quæ apud filiam residet, dubitari tamen potest, quo titulo filia tertiam capiat, cum ipsa hæres patris fiat ex tacita institutione, qua pater omnes filios instituisse censetur, inter quos pariter & ipsa filia cui tertia relinquitur, instituta manet, vnde cum sit hæres legatum debet corruere, saltem pro ea parte qua hæres patris est, quia legatum à se ipsa sibi relinqui non potest, ne idem & debitor & creditor sit, l si debitori C. de pact. l. creditorem. ff de leg 2. & in specie est tex in l & quidem 18 ff. de legat. 1. l à filio hærede ff. illo titulo.

6 Quare dicendum est hoc casu filiam tertiam, titulo prælegati accipere, à reliquis cohæredibus, in quorũ personis prælegatum consistit ex l. Nessenius 22. ff. ad l. falcid ibi, *à quibus legata & ipsa accepit. &c.* l. legatum 116. §. 1. ff. de legat. 1. l. Titia. 34. §. Lucius. ff de legat 2. videndus Surdus cons. 253. à nu. 6. & 263. nu. 29.

Atque ex his sententiam confirmauimus in fauorem Antonij Fernandez mariti filiæ contra Violantem Nunez. Scriba Matos.

SVMMARIA

1  *Hyrographum tunc habet paratam executionem cum ab scribente recognoscitur.*

Secus est quando illud non recognoscit. ibi.

Probatio nulla quantumcunque liquidissima paratam habet executionem. ibi.

Priuata scriptura etiam recognita à testibus semiplenam facit probationem. ibi.

2 *De iure Regio quid sit.*

Interpretata Ordinatio libr. 3. tit. 25. in princ. & §. 9.

Differentia est constituenda inter apochas nobilium & peditum. ibi.

Nobilium apochæ non indigent recognitione vt decendium illis assignetur. ibi.

3 *Nobiliũ apochæ & scriptura publica quo ad hoc non differunt.*

4 *Interpretata Ord. d. titul. 25. §. 7.*

5 *In chyrographo peditis quomodo procedendum*

6 *Ignobiles qui scripserunt sufficit vt recognoscant secus si tantum subscripserunt quia tunc debent recognoscere chyrographum & ipsam obligationem in eo contentam.*

DECI-

DECISIO LXXIX.

An ex chyrographo equitis cuius scriptis fides adhibetur ac publicis sit procedendum per assignationem decem dierum iuxta formam Ordin. lib.3.titul.25.in princip. & §.9.


CVM Doctor Franciscus Caldeirão Senator Regius in supremo supplicationũ Senatu meritissimus, propria manu scripsisse diceretur chyrographum debiti, non exiguæ quantitatis, creditor Ludouicus Mendez de Vasconcellos, exhibito in iudicio chyrographo petijt, vt debitori decem dies iuxta formam legis Regiæ lib.3.titul.25. in princ. ad soluendum assignarentur, dictus Franciscus arguens de falso chyrographum, negabat sua manu scriptum, & non posse per assignationem decendij, procedi, instabat, sed via ordinaria, oblato libello, cuius precibus Præses ciuilium causarum cum annueret, & iuberet, vt ordinarie ageretur, Actor supplicauit ad Senatum vbi inter alia actum fuit de intellectu d. Ordinationis, an haberet locum, quando debitor qui asseritur scripsisse, negat se exarasse & chyrographum fecisse, & quia nostrum ius Regium aliquantulum, in hoc videtur á iure communi deflectere, vtriusque præcepta considerabant prudentissimi Senatores, & illud primum obseruabatur.

1 Quod chyrographum tunc habet in iure paratam executionem, cũ ab scribente recognoscitur, Doctores in cap.2.de fide instrum. vbi Abbas á num.1. & in cap 1. de libel. oblatione á num 18. plura congerit Azeued in l.5 titul.21.lib.4.nouę recopil. Valdez ad Soar. fol. 115. Auendan. de exeq. mand.2.part.cap.30. Valasc.cons.170 num.7. Parlador.libr.2.quotidian.1 p §.5 á princip. Gregor.in l.119 titul.18 part.3. Couar.lib.2.variar cap.11.nu.4 quando autem negat debiter chyrographum á se confectum receptius est, non habere paratam executionem, quia etiamsi testibus sit munitum, executionem non habet, quia nulla probatio quantumcunque liquidissima, paratam executionem habet, glos. in l.sed etsi possessori §1.ff.de iur.iur. Auendan. d cap.30. num.5. Soares ad l tolletan. limit 3. vnde & casu illud factum prius probari debet interrogatis testibus, qui interfuerunt confectioni chyrographi, vel alijs quibus, notæ sint scribentis charecteres; facta insuper comparatione, prout debet intelligi Valasc. cons.67. num. 14. vbi testatur de stylo regni, nullam maiorem solemnitatem obseruari, quia priuata scriptura etiam recognita á testibus solam semiplenam facit probationem, ex eodem Valasc. cons. 177. num.1 & 6.& cons 164.num.2.& 170. num.7. Afflict decis.181. Couar.pract. cap.22.num.1. Rota Genuæ decis.84. nu.2. Craueta de antiquitat. tempor. 1 part num.64. Viuius libr.commun. verbo comparatio literarum, de quo apud Hispanos est d.l.117. & 119.tit. 18.part.3. cogitandum relinquit Parlador.vbi supra num 16. ad fin.& ideo non parum stylus á Valasco relatus operatur, dum ex semiplena probatione, apocham exequendam decernit,

vnde fit quod cum in præsenti, Reus negasset à se confectum chyrographũ, nec facta fuisset comparatio, nec interrogati testes, aliqui, super facto, nullo modo executiue agi poterat, sed via ordinaria, libelli, argumen. tex. in l. publia §. fin. ff. depositi, l. nuda ff. de donatio, doctores in l. admonendi ff. de iur. iur. Cabed decis. 28 & decis. 35. Gama decis. 75. & 239. & succedit l. in cõ tractibus §. illo C. de non numerata pecunia, vbi negante reo apocham transfertur in agentem probandi necessitas illam esse debitoris.

2 Hæc tamen licet ita de iure communi constituta sint, aliter tamen se res habet attento iure Regio secundum quod ex dispositione d. Ordin. d. titul. in princ. colligitur, considerata insuper eadem Ordin. in §. 9. quæ differentiam cõstituit inter apochas nobilium, equitum, senatorum, vel similium, & inter eas quæ à plebeis conficiuntur, vt priores si scilicet à nobilibus & scribantur & signentur simul, eam habeant prærogatiuam, quod illis ac publicis scripturis fides adhibeatur, cum sint illarum personarum de quibus meminit Ordin lib. 3 titul. 59. §. 16. Cabed. decis 139 num. 3. & decis. 28. & 33 Gama decis. 73. nu. 3 & decis 139. atque ex eo in eis nòn executiuè sed sed summariè abreuiato iudicio per asignationem decem dierum procedatur, illis decendio asignato, vt reus vel solutionem, vel falsitatem chyrographi probare posit, talia adducens argumenta ex quibus ostendatur, vel falsitas, vel solutio, quod ita faciendum demonstrat lex Regia, in d. principio in illis verbis ibi, *asine logo o termo de dez dias, &c.* quod verbum logo exponitur ac statim, quod resecatis alijs dillationibus confestim decendium asignandum demonstrat, nulla præhabita recognitione chyrographi, quia habet fidem, & authoritatem instrumẽti publici, sicut namque si quis negasset scripturam non ideo minus illi terminus decem dierum asignaretur, sic pariter in chyrographo quod per viam regulæ publicæ scripturæ, à lege æquiparatur, dicendum est, dispositum enim in vno ex æquiparatis, vtrumque comprehendit, ex his quæ Surdus cons. 5. num. 5. & 163. num. 23. & 277 num. 28 quando eadem est ratio cons. 23 nu 39. in odiosis cons. 29. nu. 14. & 85 num. 26. quia tunc dicitur comprehensio cons. 241 num. 39.

3 Nec obstabit si quis dixerit, quod diuersa est ratio scripturæ, & simplicis chyrographi, cum illa fide publica tabellionis, & testium munita sit, quia respondetur, non differre, cum à lege æquiparentur ad hunc effectum, & pari modo potest quis negare & chyrographum, & scripturam publicam, negando tabellionem, & testes ipsius si igitur negatio releuat, negando chyrographum, pariter & proderit negãdo scripturam, cum illa negatio semper faciat rem dubiam, Ordin. libr. 2. titul. 1 §. 6. in princip. vel igitur negatio vtroque casu sufficit, vel neutro, quod verius puto.

4 Nec pariter obstabit si quis dicat quod Ordinatio Regia non iubet vt & præsenti, & neganti chyrographũ esse suum, decem dies asignentur, sed quando non adest, vt posit fieri in eius contumaciam, vt colligitur ex Ordinat. d. titul. 25. §. 7. ibi, *E não aparecer em juizo por si, ou por seu procurador serlheão asinados os dez dias*: sicque debet exponi in hoc principio, ne repugnet iuri communi, quia respondetur, imó contrarium colligi, ne dicamus eandem legem sub eodem titulo, bis idem dispofuisse, quia cum in principio egisset de eo qui comparet cui statim iubet vt decendium asignetur, manebat dubium an idem esset dicendum de non comparente, & quia idem ius vtroque casu versabatur statuit vt parite rasignentur.

5 In chyrographis autem ignobilium,& peditum, aliam longe procedendi diuersam formam constituit, nam in his lex Regia secundum ius commune disponit, iubendo in d §9. quod tunc summarie procedatur, si reus recognouerit, apocham suam esse eiusque manu factam & signatam, nec intererit an ab alio signata sit, ex Ias. in l. qui Romæ §. chrisigonus num.9. ff. de verbor. obligat. & probat. l. 119. tit. 18. part. 3. Suares in l post rem ampliat. 2. quod idem erit etiamsi subscriptionem non habeat, dummodo tamen ipse recognoscat, ex Paulo in l. cũ antiquitas num.7. C. de testam. vel si diem & consulem non habeat, quia id in publicis scripturis requiritur, non in priuatis, l. cum tabernam §. idem quæsijt. ff. de pignor. Tiraq. de retract conuention §.1. glos.7. num.43. quod autem in hoc casu, recognitio præcedere debeat, patet, ex illis verbis ibi, *se aquelle contra quem he apresentado reconhecer ser por elle feito & assinado*, quæ verba conditionem inducunt, si recognouerit, & ante conditionem impletam, nulla assignatio fieri potest, quia ea est natura cuiuscunque actus conditionalis, l. hæc scriptura ff. de condit. & demonstra. quod autem hæc procedendi forma sit diuersa, ab ea quam præstiterat in Chyrographis nobilium, patet, ex d. §. 9. in princip. ibi, *que naõ seia daquellas pessoas a quem senaõ deua dar tanta fe como scriptura publica*; sic ostendens quod in illis personis alio ordine procedendum est prout dixerat in principio diuersitas autem ordinis nulla alia esse potest, quam quod nobiles non citantur ad recognoscendum, nec interpellantur, vt recognoscant, secus vero plebei, alias nullus diuersus ordo inter eos esset & inepte ordinatio §.9. exciperet nobiles ibi, *naõ sendo &c.* quod ignorare est in media luce cæcutire.

6 Vnum tamen aduertendum est, circa recognitionem ignobiliũ, quod lex Regia diuerso modo loquitur dum plebeus suum chyrographum sua manu factum, & subscriptum, recognoscit, vel à se solum subscriptum, vt primo casu sufficiat chyragraphum à se factum & signatum recognoscere, quando vero solum ab ipso subscriptum sit non sufficiat recognoscere subscriptionem, sed oporteat tunc & obligationem in chyrographo contẽtam recognoscere, patet ibi, *se aquelle contra quem se apresentar reconhecer em Iuizo que he por elle feito & assinado ou assinado somente reconhecendo elle auer feito obrigacaõ conteuda no dito aluara, lhe assinara os dez dias &c.* Potuit enim contingere vt rusticus iuberet chyrographũ scribi, vt signo crucis signaret vt de iure fieri posse testatur l. 1. §. fin. C. de iure de liber. quo casu lex aduertit quod potuit & falsum scribi, & legi, coram rustico literarum ignaro, qui bona fide Crucem apponeret, tunc in fauorem illius, noluit vt sufficeret simplex Crucis vel signi recognitio, nisi & insuper ipse recognosceret formam contractus, in eo contentã, & quod ita contraxit & videtur verus illius legis sensus ad quem adhuc neminem vidi aduertere.

Ex quibus censuimus reuocandam Præsidis sententiam, iubendumque vt Reo assignarentur decem dies, ad probandam falsitatem chyrographi, vel solutionem, non enim lex Regia alium sensum patitur, bene verum est quod propter periculum quod dari potest, si falsum chyrographum præsentetur; quando Reus persona esset probatæ opinionis, ex qualicunque etiam imperfecta probatione, eo negante chyrographum, ipsum non condemnarem, in contentis in chyrographo, sed receptis impedimẽtis falsitatis altiori indagini causam relinquerem.

præstaretur, quo casu consultus respondit, curatorem cum decreto iudicis posse bona alienare, vt sic cum gratia viri matrimonium posit contrahi, & dos in pecunia constitui, qui casus longe distat à nostro, in quo agimus de bonorum alienatione facienda post contractum matrimonium, inuito vel in scio marito, Strictius hanc opinionem probat d.l. veles, quæ non patitur infirmari donationem, propter viri absentiam, idem ergo est dicendum, in qualibet alia alienatione, & pro hac opinione, videtur arguere Ordin lib. 3. titul. 42. § 4. ibi, *& for lesa assi nos contratos como nos juizos*, dum innuit, posse vxorem contrahere, quare cum nulla lege Regia, expresse vxori contractus prohibitus sit, sine marito, casus debet manere in dispositione iuris communis, secundum quod vxor alienat, vt in d.l veles, atque ex his fundamentis videbatur præsidis sententia sustinenda.

3 Verum contrarium credo quod in his regnis vxor non potest, sine consensu mariti contrahere, ac proinde neque in iudicio stare, quamuis bona sint mobilia, quod palam deducitur, ex communicatione bonorum per consuetudinē, & leges regni lib 4. titul. 47. inductam, per quam omnia bona sunt communia, qua ratione ne propter sexus fragilitatē marito præiudicium aliquod inferatur, conuenit vxori, omnem bonorum administrationem vel alienationem esse interdictam, meminit Menchaca lib. 1. quæstio. Forensium. cap. 11 num 3. & seqq. quod quidem ab speciali probat Ord lib 4 tit 66. vbi permittitur vxori à concubina mariti donata ab ipso reuocare, ibi, *Essa cousa que assi vingar seja sua propria*, & ibi, *E que possa fazer della o que quizer*, idem esse in Hispania dicit Menchac. libr. 1. quæstionum forens. cap. 10. in princ. clare ergo ostendit excepto hoc casu non habere vxorem administrationem bonorum nec alienare posse.

Hocque ipsum persuadetur, si consideremus, hac eadem ratione defendi leges Hispanas, quatenus disponunt omnem bonorum administrationem ad maritum spectare, vt disponitur libr. 3 foro legum titulo 20. l. 13. vbi notat gloss. 1 & libr. 1. titul. 11. l. fin. vbi etiam gloss. verbo *E outorgare*, & l Tauri 55. vbi Gomes num. 2. prosequitur Couar. d. §. 1. num. 1. & in reg. peccatum §. 3 numer. 10. vbi citans Soarium in l. 63. titul. de las deudas, Tiraquell. & alios resoluit in foro animæ non esse tutum qui ab vxore sic alienata possidet, quæ omnia etiam consonant iuri Canonico secundum quod mulier transit in viri potestatem. c. mulier 23 quæst. 1 facit illud Genes cap. 3. ibi, *sub viri potestate eris, & dominabitur tui*, & probat Ordin. d. libr. 4. titul 66. ibi, *em poder do marido*, quare idem quod apud Hispanos, in hoc regno obseruandum est

5 Quæ autem sit nostrarum & Hispanarum legum ratio, vt mulieri interdicatur suarum rerum administratio, dubitari potest, & hoc totum sexus fragilitati Doctores tribuunt, quia mulieribus est peculiare, vt in propria incōmoda laborent, & ruant, vt per Pallati. in repet. rubr. §. 68. nu. 2. Doctores in l. transactionem. Cod. de transactio, Tiraquell. in leges connubial. gloss. 5. numer. 26. Menchac. libr. 1. quæstion. forens. cap. 11. num. 3. vbi citat Decium cons. 502. tanta est enim illius sexus fragilitas, vt olim in perpetua cura esse notanter doceat Baeça de decim. tutor cap. 14. num. 5. Sed hanc rationem nunquam probaui, quia si sexus fragilitas in hoc attenderetur, non permitteretur mulieri solutæ, suarum rerum administratio, vt in dict. l. Taur. 55. adnotauit gloss. 1. versicul. si tamen, & præ-

& præsentit Pallat. d.§.68. in princip. & hoc arg. vtitur Baeça de nõ melior. filiab. cap. 11. num. 60. nec insuper Ordinat. d. titul. 66. Vxori concederet dispositionem eorum, quæ à concubina reuocat, si sexus fragilitas attendenda foret: rectius igitur dicendum videtur, causam impulsiuam, illarum legum esse, mariti damnum, quod inde poterat subsequi, ita Bald. & Salyc. in l. 1. C, vnde vir & vxor, Angel. cons. 88. Tiraq in leges connubial. gloss. 8. num. 40. Menchaca d. cap. 11. num. 3. ac proinde in fauorem mariti debet hæc prohibitio inducta censeri.

6 Vnde infertur has leges Regias dum vxori bonorum cõmunium administrationem, & alienationem denegant, non esse iuris communis correctorias, vt vulgus putat, neque obstat tex. in d. l. veles quia vt considerauit gloss. 4. in d. l 55. Tauri, in fine lex illa loquitur in donatione facta filio, quam posse vxorem facere marito inconsulto filiorum fauore gloss. illa admittit, prout etiam admittit Ord. lib. 4 titul. 96. in princ. ibi, *doação polo pay, ou mãy, ou por ambos*, nisi intelligas de matre vidua, vel de matre donante de consensu mariti.

7 Sed hæc interpræratio parum arridet, siquidem restringit illum tex. vt solum procedat in donatione facta filio, non vero extraneo, quod est contra communem, illum tex. intelligentem, in donatione cuicunque facta, idque ratio exposcit, quamuis de filio ibi propter casus contingentiam fuerit facta mentio, & confundi potest, per l. si vxor tua. C. de pignor. vbi bona pignori vxor dedit extraneo, non filio, & validus fuit contractus, quare verius videtur, quod ille tex. & similes, qui vxori contrahendi concedunt facultatem, & alienandi debent intelligi circa bona propria, ipsius vxoris, quorum nulla pars ad maritum spectabat, quia cum hoc casu nullum marito possit inferri præiudicium, non est cur vxori denegetur libera contrahendi potestas, secundum quem intellectum, omnia sine vllo obice procedunt, conceditur enim mulieri solutæ bonorum administratio, quia sibi soli, & non marito nocet.

Esse autem veram hanc interpretationem facile deffendi potest, si cõsideremus d. l. veles loqui, in donatione facta ab vxore, eademque volente, illam reuocare, & sic prædia donata, & mancipia repetere, quo casu indubitanter præsupponit, rem propriam ad maritum, non spectantem vxorem donasse, aliter enim si aliena res esset, donatio non teneret vt per gloss & Doctores in l. si quis alienam. ff. de actio empt. quapropter in casu illius tex. videtur sine dubio donationem factam fuisse, de re propria, ipsius vxoris, quemadmodum in d. l. si vxor tua, propria bona pro mutuo fuerunt pignori data, vt ex litera illius tex. patet, ibi res proprias obligauit, aliter enim neque pignus stare posset, ex his quæ tradit Neguf. de pignor. 3. memb. 8. part. num. 13. Vnde fit nostras leges Regias non repugnare iuri communi, quia procedunt prohibendo vxorum alienationes, in bonis in quibus suam habent partem mariti, quibus præiuditium generari non debet, vnde in eius fauorem tales leges conditas recte comprobat Pallatius d. §. 68. nu. 3. Baeça d. c. 11 num. 60. Galeaula dicit tales leges fauorabiles in Rubr. de verbor. num 137. atque ideo maritus renuntians huic fauori, potest gesta expostfacto firmare si velit Palat d. nu. 3. & seqq. Quare si apud nos vxor donet eam rem quam ex pacto retinuit immunem à communicatione non valebit distractio quia fit cum præiudicio vsusfructus mariti nec valebit pro parte vxoris ex regul. l. 1. & 2. Cod. commun. rerum alienat. quia rei communis alienatio valet pro

parte

parte alienantis secus in vxore cui interdicta est administratio vnde solum per vltimam voluntatem marito inconsulto disponit.

Atque ex his fundamentis conuincitur perperam præsidem iudicasse, venditionem mullæ validam, extitisse factam ab vxore, cum non propria vxoris esset, sed communis late comprobat Cabed. decis. 106. per totam.

8 Verum in secunda quæstione placuit quod quia constabat maritum sine cura familiæ, data opera discessisse, licet stricto iuris rigore valere nequeat alienatio, quia saltem debuit adiri iudex cuius authoritate fieret distractio, vt suppleretur viri absentis consensus, argum. Ordin. lib. 4 tit. 47. §. fin. lib. 4. tit. 12. & lib. 3. titul. 63. § 4. Cabedo d decis. 106. nu 5. tamen quia prætium mullæ constabat versum, in substentationem familiæ, cuius cura, & regimen ad maritũ spectabat, iussimus vt reddita mulla marito sine vlla æstimatione fructuum, ipse prætium pariter redderet emptori, quasi vtiliter eius negotium gestum fuerit, dum etiam eo inuito vtiliter in eius familiæ sustentationem impensum est, arg. l. soluendo ff de negoti. gest. faciunt quæ Cabed. decis. 106. num. 8.

Atque ex his sententiam reuocauimus hac declaratione, scriba Esteuão de Crasto.

SVMMARIA.

1 *SI pater solum disponit de tertia filios videtur instituisse in suis legitimis portionibus.*

Institutio eo casu tacita est. ibi.

Beneficium edicti diui Adriani non competit nisi filio instituto. ibi.

Contrarium aliqui tenent. ibi.

2 *Confutatur opinio Acostæ.*

Non oberit licet pater vltra tertiam aliquid disponat. ibi.

Interprætata Ordin. in summario, ibi, da terça somente, *ibi.*

3 *Quando vxori relinquitur tertia, & post eam filiæ tunc vxori solum censetur relictus vsusfructus.*

Quando dispositio concepta est in persona filiæ, & vxoris, valet respectu vtriusque. ibi.

4 *Pater si inter filios disponit, & admiscet extraneum respectu huius requiritur plena solemnitas.*

5 *Annullata dispositione respectu matris filia capit per ius non decrescendi alteram partem.*

6 *Filiæ hæredi institutæ si tertia relinquitur illam capit titulo prælegati.*

DECI-

DECISIO LXXVIII.

An ex testamento nuncupatiuo minus solemni possit vxor tertiam à marito accipere quando ei filia substituta fuit, ad Ordinat. lib. 4. titul. 82.

Decedens Antonius Aluarez, nuncupatiué suum vltimum elogium concepit, & coram tribus testibus, vxori tertiam bonorum reliquit, in vita sua, duntaxat fruendam, eique filiam post eius mortem substituit. Reliqui filij de nullitate testamenti opponebant eo quod ipsi non fuerant in eo instituti, cum sine hæredis institutione testamentũ stare non posset, §. ante hæredis instit. de legat. Vxor vero pro sua defensione, adducebat Ordinat. Regiam lib. 4. titul. 82. vbi disponitur quod quotiescunque pater disponit de tertia parte bonorum, censetur tacite filios instituisse, in sua legitima, deinde quod illud testamentum nuncupatiuum, coram tribus testibus valuit, etiã quoad tertiam, quia in ea fuerat filia substituta, ratione cuius illa imperfecta dispositio, ratione solemnitatis testium valet, quia licet in nuncupatiuis testamentis, sex requirantur testes ex Ord lib. 4. titul. 80. §. fin. tamen illud non procedit quando tertia filiæ relicta est, in cuius fauorem solemnitas remittitur §. ex imperfecto in l. hac consultissima C. de testam. cui cum adhæreat dispositio in fauorem vxoris concepta inseparabiliter, eodẽ etiam priuilegio gaudere debet, ex ratione tex. in l. si communem. ff. quemadmod. serui amittantur: ex quibus iudex, reliquos filios exclusit, qui petebant vt hæreditas traheretur ad causam intestati, quia tertia inter omnes erat diuidenda, & tertiam substitutæ filiæ in totum adiudicauit, quia iam mater eo tempore decesserat, in cuius confirmationem senatus inclinauit, diuersis tamen fundamentis, & inter alia á Iurisconsultissimis Senatoribus illa principaliter dubia mouebantur.

Primo, an satisfactum fuisset Ordinationi Regiæ libr. 4. titul 82. substituendo filiam matri in tertia parte bonorum hæreditatis.

Secundum, an valeat illa dispositio imperfecta ratione solemnitatis etiam quoad vxorem.

Tertium, an illa tertia bonorum pars pertineat ad vxorem in vitia sua, vel statim filiæ acquiratur in vita ipsius.

1 Et quoad primum indubitati iuris Regij est, quod quando pater disponit de tertia tantum suorum bonorũ, videtur tacite filios instituere, in sua legitima, si vel tertia alteri ex filijs, vel alicui extraneo relinquatur, patet ex lege Regia libr. 4. titul. 82. in fine princip. ibi, *como se expressamente fosse instituido*, in quo videtur ortum habere á Bartolo in l. gallus nu 5. ff. de liber. & posthum. dum tenet, quod sufficit, quod filius sit tacite institutus sequitur Paulus in l. si quis § fin. eod titul. ad quod facit tex. in l. si mater C. de inoffi. testam. licet aliter sentiat magis cõmunis ex Ias. & Alex. in d l gallus, Guilel.

Guilel.in cap.Raynutius fol.205. nu. 39. Azeued.in l.1.titul.4. lib.5. recop. num.173 Zeuallos quæst.182. vbi late explicat Valasc.conf.165. & conf. 68. num.2. & de partitio cap.21. num.31. Vaz allegat.29 num.133. & allegat.61. à num 25. Gama decis.153.& 173. qui ampliat in posthumo Caldas Pereira de nomi.quæst 11.nu 9. Costa in cap.si pater, verbo censendum num. 17. in fine qui ampliat in pupillari substitutione quæ sustinetur ex institutione tacita, Negreiros lib.1.cap.14.nu 43.& lib.2.cap.4. n.23 idem Caldas Pereira de nomi. quæst.9. num.5. & de emptione cap. 27. num. 35. & licet idem Emanuel à Costa in l. gallus. §. & quid si tantum in princip.nu 46. adnotauerit ad validitatem talis testamenti requiri, vt pater in tertia ipsa, filium instituat, vel illum cui eam relinquit, quod dicit probari quia lex præsupponit patrem testamentum facere, quod stare non potest nisi hæres instituatur, iuxta l.non codicillum C. de testam. Inferens exinde, quod si hæres non reperiatur institutus filius cui tertia relinquitur, non posit vti beneficio l.fin. Cod. edict. D.Adrian. quod solis hæredibus scriptis conceditur, vt firmat ibi Alex. nu.22. Decius 39.Curtius 86. Angel.in l.sorori ff. si pars hæredit. licet Bald. in cap.1. de controuer.inter.mascul.& fæmin. n.1. aliter sentiat, remedium d.l.fin. etiam concedi hæredibus non scriptis, si sint sui hæredes, quia sola existentia sufficit pro qua opinione facit tex. in l. ex facto ibi quid enim interesse ff. de vulgar. & est receptius ex Bald. in l.3. C inoffic testam. Fulgos in d.l.sorori, & Alex in d.l fin. Cod. de edict. D.Adrian num.11.

2 Tamen hæc Costæ opinio neutiquam placere potest, cũ videam legem Regiam, solum cõsideraſſe, quod pater solum cogitauit disponere de tertia sua, in quo tacite visus fuit filios hæredes instituisse, quam tacitam institutionem lex Regia probauit, licet de iure communi contraria esset communior opinio, ac proinde non est cur noua requiratur institutio, in tertia & notanda sunt illa verba, *ou a mandarem distribuir como for sua vontade*, in quo videtur lex aperte innuere, posse ad libitum testatorem de sua tertia disponere, late Surdus decis. 21. num. 14 nec pariter oberit si pater vltra tertiam disponat, quia illa verba Ordinationis *de sua terça*, non dant formam dispositioni, & vtile per inutile non vitiatur, imò illud plus debet resecari, ad similitudinem inofficiosæ donationis, vt per Palatium in l.Taur.19 num. 2. qui in tertia loquitur vbi num. 3. quod pro rata fiet diminutio, si pluribus fuit relicta Ferdinand in l. Taur.25 à num.6. Obstat tamen quia cum lex ista in hoc sit contra magis communem, restringi debet ad casum in quo loquitur, l cum quidam. ff. de liber. & posthum. pro qua parte vrget rubrum huius legis, ibi, *somente da terça*, vbi se ad illam restringit, sed adhuc verius credo contrarium, quia lex Regia solum habuit respectum ad mentem, & voluntatem testantis qui filios visus est instituisse cum de sola tertia disponit, & vtroque casu vel vltra tertiam disponat, vel intra voluit filios vocare, ad legitimã, nam de facultatibus suis plus sperant homines quam in ipsis est, §. in fraudem instit. qui & ex quibus causis, nec illud verbum *somente*, inductum fuit pro forma, sed duntaxat, ad intellectum testatoris, qui solum voluit, de sua tertia disponere, & ideo licet excedat de tertia videtur disposuisse, facit l qui quartam.ff.de leg.1. vbi legatum in quarta parte tenet licet sonet in dimidiam ex intentione testatoris.

3 Quibus præhabitis recte infertur, potuisse relinqui vxori dictam tertiam,

tertiam, & post eam filiæ, vt post eius mortem admittatur, tunc enim vxori solus vsus fructus censetur relictus, ex his quæ Menoc lib. 4. præsumpt. 141. Verùm quia in præsenti testamentum, erat nuncupatiuum, sine ligitimo testium numero, filia statim ad tertiam admitti debuit, non quasi á secundo gradu inciperet dispositio, ex ratione l.si filius ff. hæred. instit. l 3. ff. deliber & posthu. quia tertia accipitur titul. legati, vel relicti, quando vero relinquitur filio hæredi in legitima, instituto tacite, titul. prælegati accipitur

In secundo dubio controuertebatur, an illa rigurosa legis solemnitas dum sex requirit testes in nuncupatiua dispositione, lib.4.titul.80.§ fin doctissimus Egidius 4.part.l.1.C. sacros. ecclesi.num.11.procedat, etiam in hoc casu, & videbatur suaderi non esse illã summam solemnitatem obseruandam primo quia cũ tertia particulari titulo legati capiatur, legat. nutu relinquntur, l.nutu ff.de leg 3. sufficitque testibus probari, quorum numerus cum expressus non sit, duo & ad summum tres sufficiunt, c. in omni de testib. l vbi numerus C.de testibus, & in nominatione emphyteutica probat Ordin lib. 4.titul.37.§ 3.ibi. *por testemunhas ao menos* vbi suppleri debet verbum tres, vt declaratum fuit Aresto Senatur fol. 143.libr. vlt. explicat Ægid. in l.1. C. de sacros. ecclesi. 2 part.nu 26. Valasc. consi.61. numl 14. Gama decis 85.& de sacram præstand. quæst. 6. num. 20. Gomes l.40. Taur. num.59. sicut alias in fideicommisso nullus testis requiritur sed sola fides hæredis, spectatur l. fideicommissum ff. de condict. indebit. l non dubium vers. illud. de testam, l.si veritas C.de fideicommis. Egidius in d.l.1.C.de sacros.ecclesi.2.part.n.37. & duo sufficiunt testes l. ait prætor §. si iudex. ff. de re iudic. & aliquando vnus l.teopompus ff.dot.prælegat. Deinde quia cum hæc dispositio partim fuerit concepta fauore filiæ & partim fauore vxoris, licet respectu vxoris maior solemnitas requiratur d. §. ex imperfecto tamen sufficit dispositionem concipi in filiam, vt dispositio valeat respectu vtriusque personæ, sicut alias in socijs videmus, qui cum communem causam habeant, vnus alterius priuilegio iuuatur, vt in patrono sæculari & ecclesiastico qui priuilegijs ecclesiastici fruitur ex his quæ per Doct. in cap 1 de iure patronat. libr.6. facit Ordin. lib 3. tit 80. § 1.l. 1.& 2.C. si vnus ex pluribus, & in criminalibus, Clarus §.fin q.94 nu.4. Caldas Pereira verbo vel aduersarij dolo nu.6. Cabed. decis.21.n 10 Afflict. decis.215.

4 Verum aliud in præsenti dicendum est nam licet pater inter filios disponat, ea solemnitate solũ quæ attento iure naturali requiritur, l.hac consultissima §.ex imperfecto.C. de testam. l.fin.C fam.hercis. tamen si in illa dispositione miscetur extraneus, respectu illius omnis solemnitas actus desideratur d.§ ex imperfecto in fin. d.l.fin ibi *quibuscunq; verbis vel indicijs*, nec iuuatur priuilegio filij quia cum illud speciale sit eius personam non egreditur quia res est diuidua, potestque separari, vtile ab innutili, regul. vtile libr.6. Couar.pract. cap.34.nu 2. facit Ordin. libr.3 titul.42.§.4.& lib.1. titul.87.§.45. Barbos. 3 p. l.1.num.33. Menoch remed.1.recup nu 377. & de arbitrar. cas. 95. idem Caldas Pereira verbo vel aduersarij dolo nu.25.

5 In vltimo dubio controuertebatur supposito quod respectu vxoris, relictum tertiæ non valuit, quo iure filia admittenda sit, an ex vi substitutionis, vel an potius tertia ad omnes filios pertineat, veniatque inter eos diuidenda, vt decidit Imper. in d §. ex imperfecto.

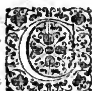
Sed neutro ex his modis filia admittitur quia cum esset vxori relicta tertia in vita quo casu vsufructuaria

censetur ex his quæ Menoch. d. præsump. 141. & hæc dispositio corrueret ex deffectu solemnitatis, filia statim admittitur ad legatum tertiæ, tanquã vxori coniuncta, ex reg. l. re coniuncti ff. de leg. 3. de quo est tex. in l. separatim ff. de cond. & demonstrat. & hoc casu potius est ius non decrescendi, vt vsusfructus vxori relictus iure consolidationis proprietatem sequatur, quæ apud filiam residet, dubitari tamen potest, quo titulo filia tertiam capiat, cum ipsa hæres patris fiat ex tacita institutione, qua pater omnes filios instituisse censetur, inter quos pariter & ipsa filia cui tertia relinquitur, instituta manet, vnde cum sit hæres legatum debet corruere, saltem pro ea parte qua hæres patris est, quia legatum à se ipsa sibi relinqui non potest, ne idem & debitor & creditor sit, l si debitori C. de pact. l. creditorem ff de leg 2. & in specie est tex in l & quidem 18 ff. de legat. 1. l à filio hærede ff. illo titulo.

6 Quare dicendum est hoc casu filiam tertiam, titulo prælegati accipere, à reliquis cohæredibus, in quorũ personis prælegatum consistit ex l. Nessenius 22. ff. ad l. falcid ibi, *à quibus legata & ipsa accepit. &c.* l. legatum 116. §. 1. ff. de legat. 1. l. Titia. 34. §. Lucius. ff de legat 2. videndus Surdus cons. 253. á nu. 6. & 263 nu. 29.

Atque ex his sententiam confirmauimus in fauorem Antonij Fernandez mariti filiæ contra Violantem Nunez. Scriba Matos.

SVMMARIA.

1  *Hyrographum tunc habet paratam executionem cum ab scribente recognoscitur.*

Secus est quando illud non recognoscit. ibi.

Probatio nulla quantumcunque liquidissima paratam habet executionem. ibi.

Priuata scriptura etiam recognita à testibus semiplenam facit probationem. ibi.

2 *De iure Regio quid sit.*

Interpretata Ordinatio libr. 3. tit. 25. in princ. & §. 9.

Differentia est constituenda inter apochas nobilium & peditum. ibi.

Nobilium apochæ non indigent recognitione vt decendium illis assignetur. ibi.

3 *Nobiliũ apochæ & scriptura publica quo ad hoc non differunt.*

4 *Interpretata Ord. d. titul. 25. §. 7.*

5 *In chyrographo peditis quomodo procedendum*

6 *Ignobiles qui scripserunt sufficit vt recognoscant secus si tantum subscripserunt quia tunc debent recognoscere chyrographum & ipsam obligationem in eo contentam.*

DECI.

DECISIO LXXIX.

An ex chyrographo equitis cuius scriptis fides adhibetur ac publicis sit procedendum per assignationem decem dierum iuxta formam Ordin. lib.3.titul.25.in princip. & §.9.



CVM Doctor Franciscus Caldeirão Senator Regius in supremo supplicationũ Senatu meritissimus, propria manu scripsisse diceretur chyrographum debiti, non exiguæ quantitatis, creditor Ludouicus Mendez de Vasconcellos, exhibito in iudicio chyrographo petijt, vt debitori decem dies iuxta formam legis Regiæ lib.3.titul.25. in princ. ad soluendum assignarentur, dictus Franciscus arguens de falso chyrographum, negabat sua manu scriptum, & non posse per assignationem decendij, procedi, instabat, sed via ordinaria, oblato libello, cuius precibus Præses ciuilium causarum cum annueret, & iuberet, vt ordinarie ageretur, Actor supplicauit ad Senatum vbi inter alia actum fuit de intellectu d. Ordinationis, an haberet locum, quando debitor qui asseritur scripsisse, negat se exarasse & chyrographum fecisse, & quia nostrum ius Regium aliquantulum, in hoc videtur à iure communi deflectere, vtriusque præcepta considerabant prudentissimi Senatores, & illud primum obseruabatur.

1 Quod chyrographum tunc habet in iure paratam executionem, cũ ab scribente recognoscitur, Doctores in cap.2.de fide instrum. vbi Abbas à num.1. & in cap 1. de libel. oblatione à num 18. plura congerit Azeued in l.5 titul.21.lib.4.nouę recopil. Valdez ad Soar. fol. 115. Auendan. de exeq. mand.2.part.cap.30. Valasc.consl.170 num.7. Parlador.libr.2 quotidian.1 p §.5 à princip. Gregor.in l.119 titul.18 part.3. Couar.lib.2.variar cap.11.nu.4 quando autem negat debitor chyrographum à se confectum receptius est, non habere paratam executionem, quia etiamsi testibus sit munitum, executionem non habet, quia nulla probatio quantumcunque liquidissima, paratam executionem habet, glos. in l. sed etsi possessori § 1.ff.de iur.iur. Auendan. d cap.30. num.5. Soares ad l tolletan. limit 3. vnde & casu illud factum prius probari debet interrogatis testibus, qui interfuerunt confectioni chyrographi, vel alijs quibus, notæ sint scribentis charecteres; facta insuper comparatione, prout debet intelligi Valasc. consl.67. num. 14. vbi testatur de stylo regni, nullam maiorem solemnitatem obseruari, quia priuata scriptura etiam recognita à testibus solam semiplenam facit probationem, ex eodem Valasc. consl. 177. num.1 & 6.& consl 64.num.2.& 170. num.7. Afflict decis.181. Couar.pract. cap.22.num.1. Rota Genuæ decis.84. nu.2. Craueta de antiquitat. tempor. 1 part num.64. Viuius libr.commun. verbo comparatio literarum, de quo apud Hispanos est d.l.117. & 119.tit. 18.part.3. cogitandum relinquit Parlador.vbi supra num 16. ad fin. & ideo non parum stylus à Valasco relatus operatur, dum ex semiplena probatione, apocham exequendam decernit,

vnde fit quod cum in præsenti, Reus negasset à se confectum chyrographũ, nec facta fuisset comparatio, nec interrogati testes, aliqui, super facto, nullo modo executiue agi poterat, sed via ordinaria, libelli, argumen. tex. in l. publia §. fin. ff. depositi, l. nuda ff de donatio, doctores in l. admonendi ff de iur. iur. Cabed decis. 28 & decis. 35 Gama decis. 75. & 239. & succedit l. in cõtractibus §. illo C. de non numerata pecunia, vbi negante reo apocham transfertur in agentem probandi necessitas illam esse debitoris.

2 Hæc tamen licet ita de iure communi constituta sint, aliter tamen se res habet attento iure Regio secundum quod ex dispositione d. Ordin. d. titul. in princ. colligitur, considerata insuper eadem Ordin. in §. 9. quæ differentiam cõstituit inter apochas nobilium, equitum, senatorum, vel similium, & inter eas quæ à plebeis conficiuntur, vt priores si scilicet à nobilibus & scribantur & signentur simul, eam habeant prærogatiuam, quod illis ac publicis scripturis fides adhibeatur, cum sint illarum personarum de quibus meminit Ordin lib. 3 titul. 59. §. 16. Cabed decis 139 num. 3. & decis. 28. & 33 Gama decis. 73. nu. 3 & decis 139. atque ex eo in eis non executiué sed sed summariè abreuiato iudicio per assignationem decem dierum procedatur, illis decendio assignato, vt reus vel solutionem, vel falsitatem chyrographi probare possit, talia adducens argumenta ex quibus ostendatur, vel falsitas, vel solutio, quod ita faciendum demonstrat lex Regia, in d. principio in illis verbis ibi, *assine logo o termo de dez dias, &c.* quod verbum logo exponitur ac statim, quod resecatis alijs dillationibus confestim decendium assignandum demonstrat, nulla præhabita recognitione chyrographi, quia habet fidem, & authoritatem instrumẽti publici, sicut namque si quis negasset scripturam non ideo minus illi terminus decem dierum assignaretur, sic pariter in chyrographo quod per viam regulæ publicæ scripturæ, à lege æquiparatur, dicendum est, dispositum enim in vno ex æquiparatis, vtrumque comprehendit, ex his quæ Surdus cons. 5 num. 5. & 163. num. 23. & 277 num. 28 quando eadem est ratio cons. 23 nu 39. in odiosis cons. 29. nu. 14. & 85 num. 26. quia tunc dicitur comprehensio cons 241 num. 39.

3 Nec obstabit si quis dixerit, quod diuersa est ratio scripturæ, & simplicis chyrographi, cum illa fide publica tabellionis, & testium munita sit, quia respondetur, non differre, cum à lege æquiparentur ad hunc effectum, & pari modo potest quis negare & chyrographum, & scripturam publicam, negando tabellionem, & testes ipsius si igitur negatio releuat, negando chyrographum, pariter & proderit negãdo scripturam, cum illa negatio semper faciat rem dubiam, Ordin. libr. 2. titul. 1 §. 6. in princip. vel igitur negatio vtroque casu sufficit, vel neutro, quod verius puto.

4 Nec pariter obstabit si quis dicat quod Ordinatio Regia non iubet vt & præsenti, & neganti chyrographũ esse suum, decem dies assignentur, sed quando non adest, vt possit fieri in eius contumaciam, vt colligitur ex Ordinat. d. titul. 25. §. 7. ibi, *E não aparecer em juizo por si, ou por seu procurador serlheão assinados os dez dias*: sicque debet exponi in hoc principio, ne repugnet iuri communi, quia respondetur, imó contrarium colligi, ne dicamus eandem legem sub eodem titulo, bis idem disposuisse, quia cum in principio egisset de eo qui comparet cui statim iubet vt decendium assignetur, manebat dubium an idem esset dicendum de non comparente, & quia idem ius vtroque casu versabatur statuit vt pariter assignentur.

5 In

5 In chyrographis autem ignobilium,& peditum, aliam longe procedendi diuersam formam constituit, nam in his lex Regia secundum ius commune disponit, iubendo in d § 9. quod tunc summarie procedatur, si reus recognouerit, apocham suam esse eiusque manu factam & signatam, nec intererit an ab alio signata sit, ex Ias. in l. qui Romæ §. chrisigonus num. 9. ff. de verbor. obligat. & probat. l. 119. tit. 18. part. 3. Suares in l. post rem ampliat. 2. quod idem erit etiamsi subscriptionem non habeat, dummodo tamen ipse recognoscat, ex Paulo in l. cũ antiquitas num. 7. C. de testam. vel si diem & consulem non habeat, quia id in publicis scripturis requiritur, non in priuatis, l. cum tabernam §. idem quæsijt. ff. de pignor. Tiraq. de retract. conuention §. 1. glos. 7. num. 45. quod autem in hoc casu, recognitio præcedere debeat, patet, ex illis verbis ibi, *se aquelle contra quem he apresentado reconhecer ser por elle feito & assinadó*, quæ verba conditionem inducunt, si recognouerit, & ante conditionem impletam, nulla assignatio fieri potest, quia ea est natura cuiuscunque actus conditionalis, l. hæc scriptura ff. de condit. & demonstra. quod autem hæc procedendi forma sit diuersa, ab ea quam præstiterat in Chyrographis nobilium, patet, ex d. §. 9. in princip. ibi, *que naõ seia daquellas pessoas a quem senaõ deua dar tanta fe como scriptura publica*; sic ostendens quod in illis personis alio ordine procedendum est prout dixerat in principio diuersitas autem ordinis nulla alia esse potest, quam quod nobiles non citantur ad recognoscendum, nec interpellantur, vt recognoscant, secus vero plebei, alias nullus diuersus ordo inter eos esset & inepte ordinatio §. 9. exciperet nobiles ibi, *naõ sendo &c.* quod ignorare est in media luce cæcutire.

6 Vnum tamen aduertendum est, circa recognitionem ignobiliũ, quod lex Regia diuerso modo loquitur dum plebeus suum chyrographium sua manu factum, & subscriptum, recognoscit, vel à se solum subscriptum, vt primo casu sufficiat chyragraphum à se factum & signatum recognoscere, quando vero solum ab ipso subscriptum sit non sufficiat recognoscere subscriptionem, sed oporteat tunc & obligationem in chyrographo contẽtam recognoscere, patet ibi, *se aquelle contra quem se apresentar reconhecer em Iuizo que he por elle feito & assinado ou assinado somente reconhecendo elle auer feito obrigacaõ conteuda no dito aluara, lhe assinara os dez dias &c.* Potuit enim contingere vt rusticus iuberet chyrographũ scribi, vt signo crucis signaret vt de iure fieri posse testatur l. 1. §. fin. C. de iure de liber. quo casu lex aduertit quod potuit & falsum scribi, & legi, coram rustico literarum ignaro, qui bona fide Crucem apponeret, tunc in fauorem illius, noluit vt sufficeret simplex Crucis vel signi recognitio, nisi & insuper ipse recognosceret formam contractus, in eo contentã, & quod ita contraxit & videtur verus illius legis sensus ad quem adhuc neminem vidi aduertere.

Ex quibus censuimus reuocandam Præsidis sententiam, iubendumque vt Reo assignarentur decem dies, ad probandam falsitatem chyrographi, vel solutionem, non enim lex Regia alium sensum patitur, bene verum est quod propter periculum quod dari potest, si falsum chyrographum præsentetur; quando Reus persona esset probatæ opinionis, ex qualicunque etiam imperfecta probatione, eo negante chyrographum, ipsum non condemnarem, in contentis in chyrographo, sed receptis impedimẽtis falsitatis altiori indagini causam relinquerem.

SVMMARIA.

1  *Onsanguinei non sunt coniungendi in electionibus.*
Pontifices ex vna familia plures non eligebantur. ibi.
Si electis impedimenta opponuntur ante adeptam possessionem in senatu iubetur vt supersedeatur. ibi.
2 *Interpraetata Ordinat. lib. 1. titul. 67. §. 1.*
In diuersis officijs bene eliguntur consanguinei. ibi.
Beneficia difformia sub eodem tecto haberi possunt. ibi,
Pater & filius possunt habere officia distincta. ibi.
3 *Pater fit iudex vbi filius est scriba.*
Interpraetata Ordinat. libr. 1. titul. 48. § fin ibi.

DECISIO LXXX.

An consanguinei intra quartum gradum possint in eadem electione ad munera ciuitatis eligi ad intellectum Ordin. lib. 1. tit. 67. §. 1.

 ÆEpe in Senatu controuertitur de personis electorum an sint habiles, vt Reip. munera subire possint, illi enim qui vaccant vel non eliguntur, non pressis labijs abiunt imò in varias ad senatum supplicationes irrumpunt, quae nostras passim aures circunstrepunt: inter alias illa in meas incidit manus, an obseruata fuisset Ordinationis forma libr. 1. titul. 67. §. 1. dum decurio quis creatus fuerat, cum iudice ordinario, cum ambo se intra quartum gradum consanguinitatis attingerent, electionem videbatur euertere Regia Ord. d. loco, in illis verbis ibi, *Em os pilouros dos Iuizes & Vreadores não ajuntarão parentes ou cunhados dentro no quarto grao para em hum anno auerem de seruir*, in idem inclinat Ordinat. lib. 1. titul 79. §. 45. & titul 48 § fin idque ipsum ratio naturalis exposcit.

1 Nam si iudices & decuriones adinuicem consanguinei proponantur quis alterius errores corriget? quis proprijs inhians lucris, consanguineorũ fœdere innixus, rempublicae quietem non perturbabit, sapiet profecto tyrannidem talis gubernandi norma, & nil

& nil satius excogitari potest, quam vt separentur & diuidantur consanguinei in administratione, nec adinuicem commisceantur, sic enim obseruabat antiquitas quæ duos Pontifices ex eadem familia non eligebat, ex gunthero de veteri iure Pontificio nu. 37. si enim consanguinei vel pater & filius insimul decuriones fiunt in publicis & priuatis actionibus in eandem sententiam prorsus vergunt, quãuis Paulus in l. illud ff. quod cuiusque vniuersi. nomin. Azeued. in curia pisan. libr. 2. cap. 12. & in l. 34 titul 6. libr. 3. recopilat. post Auend cap. 19. prætor num. 23 sentiat quod pater & filius possunt inseruire publicis muneribus, & in electione filij patrem posse suffragium ferre quia vna & eadem persona non reputantur in publicis actionibus, quia præsumendum est potius bono communi quam proprio eos incumbere d. l. illud ff. quod cuiusque vniuers. nomi. vnde merito quando electis tale impedimentum opponitur, ante adeptam officij possessionem in Senatu prouidetur, cassando electionem, iubendoque vt habiles eligantur, prout docuit Specul. in titul. de censibus. §. nunc videndum num. 16. Ripa de peste titul. de remed. ad conserua. Vbert. num. 193. Rebuff. 1. tom ad leges Franciæ titul. de sentent. prouisio. in præfat. num 130. Azeued. in curia lib. 2. c. 4. nu. 13. Cabed. decis. 84. 2. part. num. 33.

2 Verum his non obstantibus electionem sustinendam duximus. quia ordinatio d. titul. 67. §. 1. si bone legatur non prohibet vt consanguinei eligi possint, eodem anno in diuersis officiis, veluti si vnus ad iudicis munus subeundum eligatur, alter ad decurionatum quæ cum sint munera diuersæ speciei & difformia (vt ita loquar) ad imaginem beneficiorum difformium quæ sub eodem tecto possideri possunt saltem ex dispensatione episcopi vt tenent glos. in c. 1. de consuetud. in 6. verbo nisi vnitũ, & in clemẽt final. eod titul. Ioan. Andr. Abb & in c. literas de concess præbend. Domin. Franciscus Selua, Gomes Hoieda. & Mandozius quos refert Gartia de beneficijs, part. 11. c. 5 n. 230 qui nu. 235. vbi cum multis censet non esse necessariam dispensationem S Pont.) quia maior datur prohibitionis ratio, quãdo vniformia sunt atque ideo illa verba legis Regiæ, ibi, *E nos pilouros dos Iuizes, & Vreadores não ajuntem, &c.* debent singula singulis referri, vt in pilla iudicum consanguinei simul non immittantur, vel in pilla decurionum illius anni, non autem ita accipi debent, vt consanguineus iudicis non immittatur in pilla decurionum, vel consanguineus decurionis, in pilla iudicum, Curia Philipica libr. 4. cap 1. num. 2. Bobadilla libr 3. 2. part. cap. 8. num. 85. vbi patrem & filium ad decurionatũ simul admitti posse supponit nam cũ hoc nulla lege prohibitum sit, quia Ordinatio Regia solum prohibet, ne pater & filius idem officiũ obtineant, non tamen vetat quod si distincta sint ab illis valeant obtineri, sicut alias in actibus vniuersitatis insimul admittuntur, Franciscus Marcus decis. 630. num. 2. Azeued. in Curia Pisan. libr. 4. cap. 1. num. 2. Auend. d cap 19. prætor num. 23. Boer. decis. 2. num 5. Castillo de Bobadilla vbi supra d. n. 55. atq; ita iudicauimus in præsenti casu, sicque debet accipi Cabedus d decis. 84. nu. 33. qui dicit ne in eadem globula includantur non tamen excludit vt in diuersa, consulatusque dignitatem simul habuisse Tiberium & Drusum cum pater & filius essent refert Cornelius tacitus libr. 3. fol. 170. fuit scriba Azeuedo

3 Aliquando vidimus in senatu dubitari an pater iudex creari possit, vbi filius scriba est, & videtur posse, quia hoc edictum est prohibitorium,

vbi omnes admittuntur, qui non reperiuntur prohibiti, ex Azeued. lib. 4.titul.25.l.7.& lege 15.titul.3. lib.7. nouæ recopil. verum apud nos videtur aliud esse de iure Regio, si inspiciamus verba Ordinat. d. titul. 79. §. 45. quæ generaliter excludit ne pater & filius insimul scribant, & lex generalis licet faciat decisionem particularem, exemplificando, aliquos casus, reliquos comprehendit, in quibus datur eadem ratio, Gutierres de iurament. 3. part. c.2. num.8. Soares titul.de las ganancias nu.33. Barbosa in l.si constante in princ. num. 102. pro quo facit Ord.lib 1.titul.48.§.fin. vbi coram patre prohibet filium procuratoris officium exercere, & magis vrget vt pater eligi nequeat, vbi filius scribit Ord.lib.1.titul. 65. §. 49. quæ iubet vt iudex Inquirat de officialibus, & super scribis § 55. quomodo ergo pater de filio inquiret, & quis crimina probababit, nec obstabit quod alius iudex substituetur, si ipse suspectus est, quia illud procedit in inquisitione particulari, non vero in generali, in qua iudex recusari nequit, quæ quidem opinio magis videtur menti Ordinationis consonare, licet hic casus in Ordin. non sit expressus, cumq; olim proponeretur in mensa sacri Pallatij vt quasi diuino oraculo terminaretur percepi ita decisum fuisse ne pater & filius simul inseruiant.

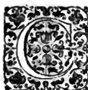
SVMMARIA.

1 *Scrupulosa nimis est solemnitas quā lex Regia requirit in testamentis inscriptis.*
Testis qui alieno sigillo sigillat tenetur exprimere cuius nomine signat.ibi.
Huius solemnitatis deffectus vitiat. ibi.
2 *Tabellionis assertio quod ad preces defuncti signauit an sufficiat.*
Quando tabellio id exprimit non defficit solemnitas.ibi.
Explicatur decisio Gamæ 126.
Explicatur decisio 45.
3 *Interprætata Ordinat. libr.4. titul. 80.§.1.*
4 *Differentia facienda est in forma consulto non obseruata vel errore probabili cum adminiculis quod interfuit.*

DECI-

DECISIO LXXXI.

De validitate testamenti in quo testis qui pro testatrice in approbatione subscripsit omisit quod demandato ipsius subscripserat illud tamen asserente tabellione, ad Ord. lib. 4. tit. 80. §. 1.



Ontrouersum fuerat inter Ioannem Pereira & alios contra Franciscum Leitão, ex oppido de Villa Franca, quod testamentũ vxoris Rei, quo ipsum hæredem instituerat erat nullum, ex pluribus deffectibus quorum vrgentior erat quia testis qui in approbatione testamenti pro testatrice signauerat, non expressisset se id facere eius mandato, prout disponit Regia Ordin. libr. 4. titul 80. §. 1. ibi, *declarando ao pe do final que assina por mandado do testador, por elle não saber ou não poder assinar, & doutra maneira não será valioso o testamento*, per iudicem & auditorem sententia contra Reum lata fuit, & in senatu eas reuocandas placuit, ex eo quod in dicta approbatione tabellio expresserat testem illum pro testatrice signasse ad eius preces.

1 Et quidem scrupulosæ nimis & captiosæ videntur legis Regiæ solemnitates, quæ in condendis testamentis obseruari iubet, quas etiam & vetustas coluit, in eo namq; versiculo lex Regia dessumpta est ex doctrina Bart. in l. ad testium §. si ab ipso ff. de testam. ibi, *quia qui alieno sigillo sigillat de hoc debet facere expressam mentionem*, hoc antiquis legislatoribus placuisse testatur Oldendorpius, in principio formularum actionum, quia legislatoribus non displicuit vt ad proximos cognatos deuoluatur hæreditas, & bona in familia relinquantur, quando testator caute & obseruatis legis regulis non testetur, quæ tamen ratio non perfectè concludit, cum ex captiosa solemnitate, sæpe etiam consanguinei proximiores lædi possint, bonis ad remotiores delatis contra iuris præcepta, huius itaque solemnitatis deffectũ vitiare testamentum nemo ambigit ex vi decreti irritantis quod non patitur testamentum exequi nisi solemne cuius solemnitas de substantia ipsius est, licet alias de substantia testamenti in genere non sit, sed accidentalis solemnitatis, quæ per se non vitiaret considerata, late Felin. in cap. cum dillecta de rescriptis, & præter alios quos congerit Gama decis. 45. numer. 3 dixit Tiraquell. de retract. lignagier §. 1 gloss. 21. num. 10, & 12. & §. 36. gloss. 2. numer. 26. Paris. cons. 19. num. 183. vouml 2. Gutierr. in l nemo num. 10 & 115. Bursatus 2 part. cons. 158. & 4 part. cons 396. num. 19. Caldas Pereira de nomin. quæst. 10. num. 40. idem Tiraquell. ad leges connubial. gloss 7. num. 188. vbi per æquipollens impleri nõ posse ait Cabed. decis. 129. per tot.

2 Quare illud solum discutiendum est an assertio tabellionis quod testis signauerit ad preces testatoris suppleat deffectum & quidem insignis Gama decis. 126. qui pro hac opinione citatur, videtur loqui in longe diuerso

casu,

casu, quia ibi testis dixit illa verba *assino por mi e polo testador,* licet omisisset *demandado do testador*, & cum in tali subscriptione vtrunque requiratur, & implicite mandatum reperiatur quia nemo signat pro alio nisi ad preces ipsius, recte deffectuosa solemnitas suppletur, quia vere non defficit vt actus corruat, nec eo casu potest dici forma omissa, sed magis illo modo explicata, nec aliud euincit alia decisio eiusdem doctissimi Gamæ 55 num. 2. quia ibi authoris sententia refertur cum tamen in contrarium iudicatum sit, insuper agit de testamento à tabellione scripto, quod quidem nuncupatiuum erat, & non clausum, constat enim illa testaméta de quibus in Ord. lib 4. titul. 80. in princ. & alijs paragraphis, & etiamsi à tabellione fiant, esse nuncupatiua, explicat Valasc consl. 177. nu. 6 vnde illa scrupulosa solemnitas quæ requiritur in testamenti clausi approbatione, non debet extendi ad alios.

3 Vnde sentiebam quod hoc casu ne videretur lex regia infringi, ea interprætatio sequenda erat, quod legi Regiæ tunc fiat locus, quando illa solemnitas omnino in actu defficiat, nec omnino constet, an ad preces testatoris testis signauerit, quæ omissa dici non potest in totum, quando tabellio id affirmat, licet ipse testis non expresserit, quia tunc magis detegitur error, quam suppletur solemnitas, explicat eleganter D. Caldas Pereira de emptione cap. 34. num. 22 in fine, sicut alias Valasc. consl. 149. num. 12, solemnitatem Ordinationis remittendam dicit, quando notoriè constat defunctum non potuisse scribere, vel partis aduersæ accedit confessio aut assertio tabellionis, arg. Ordin. libr. 3. titul. 59. §. 5. & titul 52. §. 3. & libr. 4. titul. 19. §. 2. cum alijs, vbi confessio partis admittitur quando scriptura est de necessitate probationis.

4 Vel igitur ex hoc fundamento, vel ex eo quod facienda est differentia inter formam consulto non obseruatam, vel errore probabili, quando aliqua reperiuntur adminicula quæ errorem commendant, vt primo casu pereat actus in secundo secus ex his quæ Mantica de coniectur. lib. 2. titul. 4. num. 4 & libr 7. titul. 12. numer. 2. Matienço in l. 1. gloss. 4. nu 7. titul. 4. lib. 5. recopil pungit Flores in addit. ad Gamam decis. 126.

Ex quibus humaniorem partem sequti quia de errore testis constabat retinentis, se ad testatricis preces subscripsisse, verbum namque illud mandado quo lex Regia vtitur, debet explicari ad preces, quia morientis preces mandato æquipollent, prout de iure testes dicebantur rogati, & aderãt adminicula scilicet fides tabellionis, in d. approbatione dicentis de precibus ipsius subscripsisse, insuper maxima probabatur infirmæ debilitas, ne scribere posset, vt considerat Valasc. d. consl. 149 num. fin. add. ad Gamam d. decis. 45. num. 1. sententias reuocauimus in fauorem testamenti, scriba Georgio Fernandez idem in processu inter monachos S. Dominici contra Ioannã de Lemos Eluensem, scriba Do minguos de Basto, idẽ iudicauimus in alio processu inter Franciscum Mendez contra Annam Moniz, scriba Antonio Carualho.

SVM-

SVMMARIA.

1 Derogatoria triplex est.
2 Derogatoria volũtatis etiam est triplex.
In testamento expressa non aliter derogata censentur nisi fiat mentio in secundo de verbis derogatorijs in primo appositis.
In hoc Regno ex communi sententia iudicamus. ibi.
Si constet de voluntate nulla derogatoria obstat. ibi.
Clausula derogatoria non vincit ipsam voluntatem expressam. ibi.
Non solum sufficit generalis reuocatio verum nec illa opus est. ibi.
3 Hæres an audiatur rei vindicatione contra singularem possessorem titulo possidentem.
Explicata l. itẽ l. §. præter hæc ff. de peti. hæred. ibi.
4 Differentia est an quis emerit hæreditatem vel rem hæreditatis.
5 Emptor hæreditatis an conueniatur rei vindicatione.
Emptor particularis non conuenitur. ibi.
6 Emptori quomodo succurratur contra verum hæredem.
Datur illi exceptio ex persona venditoris. ibi.
Explicata l. si quis. ff. de petit. hæred. ibi.
7 Explicata l. sed etsi §. item ff. de pet. hæred.
Exceptio competit ex persona venditoris vt prius cum eo agatur. ibi.
8 Verus sensus d. §. item.
Hoc casu laudatio venditoris admittitur. ibi.

DECISIO LXXXII.

An contra singularem rei possessorem qui titulum habet ab hærede putatiuo qui possidet, agere valeat rei vindicatione ille qui se verum hæredem profitetur.

Quidam Antonius Fernandez testamentum condidit in oppido d'Abrantes, hærede instituto cum clausula derogatoria ne aliud valeret nisi in eo illa verba descripta reperirentur Christus factus est obediens pro nobis. Postea prioris dispositionis immemor aliud testa-

testamentum fecit cum generali omnium præcedentium reuocatione, sine speciali illorum verborum expressione, in quo alium constituit hæredem, qui hæreditate addita ex ea oliuetum tertio vendidit contra quem primus hæres actionem mouit proposita rei vindicatione, & de duobus dubitabatur. Primum an d. secundum testamentum reuocasset primum, deinde an concesso quod non reuocaretur posset primo loco institutus hæres rei vindicationem intentare contra tertium & singularem possessorem.

1 Circa primum notandum est triplicem esse derogatoriam solemnitatis aliam, aliam voluntatis aliam tandem potestatis. Prima illa est qua testator sibi maiorem solemnitatem ordinaria præscribit, secunda qua remouet à se consensum & voluntatem ad alium actum gerendum, tertia qua se astringit, & sibi potestatem aliter gerendi interdicit, prima & vltima parui sunt effectus, cum & solemnitas actuum, vel potestas ad illos gerendos particularibus personis non subsit, sed pendeat ex legum decretis, quibus nõ derogatur priuatorum pactionibus, vel dispositionibus, quia nemo sibi legem ponit, l nemo potest ff de legat. 1. plures citat Menoch lib. 4 præsump. 166 num. 6. Media vero clausula derogatoria, quæ voluntatis est, suos habet effectus contra actus, qui post illam sequuntur, quia leges cum voluntati gerentium famulentur, voluntatis deffectus legis etiam præcepta corrumpit, quæ non aliter sustinet actus gestos, nisi sub vmbra quadam voluntatis gerentis, post Bart in l si quis in princip. num 3. ff de leg. 3. Socin in l. si mihi & tibi §. in legatis ff. de legat. 3. num. 2. 3. & 4. late Alex cons. 25. incipit viso vol. 3. Couar. in rub. de testam. nu. 19. late Menoch d lib 4 præsumpt. 166 num. 7. Antonius Faber de errorib pragma de cad. 38. errore primo.

2 Hæc derogatoria voluntatis cõsideratur etiam tripliciter vt per Menoch d. num. 7. vel generaliter apposita, vel specialiter, vel in indiuiduo, quas non tolli Doctores asserunt nisi simili expresione facta, in actu sequenti vt generali speciali vel indiuidua, reuocatione pariter tollantur, ex reg. l. nihil tam naturale ff de reg. iur. d. l si quis in princip Menoch. vbi supra num. 13. in fine, Bart & Bald. in l. 1. ff. si quis in ius vocat post alios Ripa in l. 1. num. 68. ff de vulgar. Vnde cum in præsenti in primo testamento essent illa verba apposita de quibus supra non alia quam speciali illorum expresione seu indiuidua derogari potuit, ex sententia Hermoginiani in d. l. si quis in princ. vbi requirit quod testator specialiter dicat se prioris voluntatis pænituisse, ibi, *si specialiter dixerit &c.* Castrensis cons 279. libr. 1. quem sequitur Ruynus cons. 228. nu. 1. in fin. lib. 1. Decius cons 475. num. 11. Nata in auth hoc inter liberos nu. 60. C. de testam. quos citat Menoch. vbi supra num. 59. Iul. Clar. §. testamentum quæst. 98. Couar. in Rubr. de testamentis part. 2. num. 19. conclus. 4. Et licet ab horum doctorum sententia recedere non liceat in hoc Regno, vbi ex sententia communi iudicamus ex Ordin. lib. 3 titul. 64. si in puncto iuris hæc hæsitatio metienda est, ridiculum iudico, quod quando constet de voluntate reuocantis prius testamentũ, vel quia ex forma dispositionis, vel alijs legitimis coniecturis appareat, ipsum reuocare voluisse, nihilominus sit spectanda specialis vel indiuidua seu specifica reuocatio, vt secundum testamentum prius tollat, non enim minus habet roboris iuramentum quo testamentum fulcitur, ne amplius reuocari valeat, quam clausula derogatoria, quæ habet se ad modum simplicis protestationis, qua testor futuræ voluntatis vinculum relaxat, eiusque effectus

effectus eneruat, quasi non à sua legitima voluntate, sed adulterina & illigitima elicitos, & tamen videmus testamentum iuramento roboratū alio solemni tolli per quod contrariæ voluntatis enixa argumenta suppetunt, licet ex tali reuocatione, testator fiat periurus, quia iuramentum habet effectus clausulæ derogatoriæ, vt dixit Bart. in d l. si quis in princip. num. 15. pertex in l. cum pater §. filius matrem ff. de leg. 2. vbi Doctores communiter plures quos citat Gutierr. de iuram. confir 1. part cap. 2. num 6. Et tamen si constet de voluntate testatoris, volentis à prima voluntate recedere, non erit impedimento vinculum iuramēti, etiamsi promiserit tali stare testamento, quia illud iuramenti vinculū extra testamentum est, nec impedit reuocationem actus, aliàs natura sua reuocabilis licet periurium ex reuocatione incurratur, licet in dubio potius credendum sit testatorem immemorem prioris iuramenti extitisse, ne periurium præsumamus. si autem colligatur ipsum reuocare voluisse, nemo ambigit prius testamentum annullari, sicut alias omnes agnoscunt quod si huic secundo testamēto iuramentum etiam additum sit, prius reuocatur sine alia expresione, quia colligimus à priore voluntate recessisse, vt dixit Bald. receptus communiter in l. sancimus C. de testam. vbi Ias. nu. 8. Socin. in d. §. in legatis num. 12. Couar. vbi supra illatione 2. Mantica de coniectur. lib. 12. titul. 8. nu. 20. Menoc. d. præsump. 166. num. 35. Tiraq. de legib. connubial. gloss. 5. nu. 149. Paris. cons. 24. num. 6. lib 2. Couar. in d rub. num. 19. 2. part. Clarus § testamentum q. 99. vers. item scias, & Molin. tom. 1. de iustitia disp. 151. quamuis dicat necesse esse vt in secundo testamento fiat mentio primi iuramenti, alioquin nō censeri primum reuocatū per secundum iuratum, non ergo reuocatio prioris actus á declaratione de nouo facta pendet, sed à voluntate gerentis, quia clausula derogatoria est quædam coniectura voluntatis, quomodo ergo potest vincere ipsam voluntatem quæ coniecturas, & vincit, & componit l. in conditionibus ff de cond & demonst. insuper talis clausula est accessoria priori actui, & illo destructo non est in quo subsistat, cum igitur actus à voluntate gerentis pendeat, quem confirmant & firmiorem reddunt illæ pro testationes voluntatis, contraria voluntate oportet & solui, accessoria & robora quæ extrinsecus accesserant, sicut & ipsa voluntas contraria tollitur, concludamus igitur cum Fabro d. decade 38. errore 1. ad reuocandum testamentum prius in quo talis clausula inserta fuerit, non modo sufficere generalem reuocationem, sed neque necessariam illam esse, sufficiente sola posterioris testamenti potestate, propter coniunctam iuris authoritatem, nec quidquam referre quibus verbis clausula derogatoria concepta sit, cum appareat de alijs hæredibus institutis, quam qui fuerant in priore, nec obstabit quod Socinus obijcit ex l. 1. §. inter ff ad l. Cornel de fals. arguens de confirmatione testamenti generali, vel speciali, vt pari ratione testamenti reprobatio aliquando debeat esse generalis, aliquando specialis, quando scilicet præcedens clausula id exposcat, quia respondetur, cum Fabro quod specialis subscriptio ibi requiritur cū extraneus sibi aliquid in testamento adscripsit, & quia illam clausulam falsam lex Cornelia præsumit, ideo exigit specialem approbationem, vt suspitio purgetur, quod non conuenit testamento cū clausula derogatoria, quod vbi primum reuocatur omnia contenta corruunt, nec contraria voluntas patitur voluntate sublata durare clausulas derogatorias, quæ ab ipsa voluntate vires accipiunt, qua mutata

 & ipsas

& ipsas mutari necesse est, nec aliqua suspitio subest cum de voluntate sine vlla suspitione falsitatis constet; quã doctrinam approbat Couar Iul. Clar. & Molin. locis supra citatis qui refert Gregorium Lopes.

3 In secunda parte non leue est dubium, an hic primus hæres audiendus foret, rei vindicatione, contra singularem possessorem titul. possidentem, & an actorem repellere posit exceptio, ne fiat præiudicium hæreditatis penoni, vel vt prius agat contra possessorem, & quoad primum videtur quod vindicatio competat l. 3. C. de petit. hæred. l. 1. ff si pars hæredit. petat. l. 4. C. in quibus caus. cess. long. temp. præscript. ibi, *Verum his qui nec pro hærede nec pro possessore sed pro empto vel donato vel alio titulo res quæ ex hæreditate sunt, vel fuerunt possident cum ab his successio vindicari non possit nihil hæc iuris diffinitio nocet*, facit Paulus in l. licet ff. de petit hæred. ibi, *sed hoc totum illi officio iudicis restituitur quod aduersarius possidet*, idem dicit Vlpianus in l. sed etsi lege § item si rem ff illo titul. ibi, *si nondum vsucaptæ sint vindicare petitor ab emptore possit, & si vindicet an exceptione non repellatur, &c.* obstat tamen l. item veniunt §. præter hæc ff eod titul. vbi vindicatio omnino prohibetur, sed rebus hæreditatis distractis bona fide solum ad prætium patet actio, contra venditorem, ibi, *placere redacta ex prætio rerum venditarum pecunia vsuras non esse exigendas*. d l. sed etsi §. scire 4. ff. illo titulo.

4 Quia tamen articulus obscurus est, sequentia notanda duco. Primo quod duo sunt casus distinguendi, an quis emerit hæreditatem, vel rem aliquam hæreditatis à putatiuo hærede, qui bona fide distraxit, quando tota hæreditas vendita est, tunc emptori succurritur, cõtra putatiuum hæredem, qui distraxit, l 3 §. vindicãti, l. si scripti 9. verbo res hæreditarias vindicare ff. petit. hæred. l. legitimam eod. l. 2. verbo petitio ciuilis ff de fideicommiss. hæred petit l. 2. verbo ciuilibus actionibus ff. de possess. hæred pet. Maranta 4. part distinct. 3 nu 61. Bart. in l. sed si lege §. item si rem ff de pet. hæred. Cumanus ibi num. 4. Vezembetius sub illo titul. C de petit hæred. num 8. Pariter & contra emptorem hæreditatis vtilis petitio datur; primo quando hæres putatiuus non comparet; secundo etiamsi compareat, si tamen modico prætio vendidit; tertio quando pinguius succurreretur vero hæredi si contra emptorem ageret propter personam vendentis, veluti quia fiscus cum quo non expedit litigare, l. nec vllam §. item si quis à fisco ff de petit. hæred. quarto quando venditor iam non habet prætium hæreditatis venditæ, d. l. nec vllam §. apud Marcellum, Bartol. & Cuman. vbi sup.

5 Statim dubitari potest an hic emptor hæreditatis posit conueniri rei vindicatione rerum singularium, & puto quod nõ si reus opponat quod fit præiudicium hæreditatis petitioni, sicque debet explicari d. l. nec vllam § quod si quis, quod rei vindicatio locum habeat proposita iam hæreditatis petitione, vel si reus præiudicialem exceptionem non proponat Cuman. d. num 4. quia emptor rei particularis non est dubium quod directa vel vtili hæreditatis petitione nõ conuenitur, l. legitimam, l. pro hærede. d. l. nec vllam. § si quis sciens. ff de petit hæred. quia solũ datur aduersus eum qui pro hærede vel possessore possidet totam hæreditatem vel partem. d. l. licet. l. regulariter 9. cum legib. seqq ff de petit. hæred l hæreditas 7. C. illo titul. emptor autem rei particularis, nec pro hærede, nec pro possessore possidet, licet habeat potentius ius in illa re, quã emptor vniuersitatis, qui sustinet vices hæredis, l. 2. §. penult. ff. de hæred. vel actione vend. quare contra singularem

rem possessorem titul. possidentem, non aliter agitur quam rei vindicatione.

6 Quia tamen multæ æquitatis causæ considerari possunt, vt emptori succurratur, contra verum hæredem agentem, æquitas suggerit, vt illi succurratur primo vt ex persona venditoris, excipere possit, quod actio intentata contra eum, non procedit, nisi prius actum sit cum venditore, qui est in possessione hæreditatis, ne per hanc actionem fiat præiudicium petitioni hæreditatis, quia re euicta statim reus ageret contra venditorem, & deijceretur per indirectum à sua possessione, l. sed etsi lege §. item si rem, ibi, *quia victi emptores reuersuri sunt ad eum qui distraxerit, & hac exceptio repellit actorem tanquam non habentem legitimam personam quandiu alius hæres ex testamento possidet*, quæ exceptio lata sententia finietur l. si quis libertatem. ff. petit. hæred ibi, *non debet iudex de libertate sententiam dicere ne præiudicium de testamento cognituro fiat*, & ibi, *Traianus rescripsit differendum de libertate iudicium donec de inofficioso iudicium, aut inducatur, aut finem accipiat*, adhuc tamen obstat quod si verum hæredem compellamus cũ putatiuo prius agere ad quem eorum pertineat ius & nomen hæredis, illud daretur absurdum quod amitteret verus hæres rei suæ vindicationem, quia putatiuus hæres pro hærede possidens liberatur soluendo prætium quod accepit l. item veniunt §. redactæ ff. de petit. hæred. d. l. sed si lege §. si minori.

7 Quare mature ponderanda sunt verba Vlpiani in d §. item si rem in duobus casibus quos constituit, circa bonæ fidei possessorem, rem hæreditatis distrahentem, dum decidit rei vindicationem competere, nam primo statuit, posse emptorem, agentem repellere quando ipse recursum habeat contra venditorem, aliàs secus quia cum cesset euictio, nullum fit præiudicium hæreditatis petitioni, quando autem euictio competit exceptioni præiudiciali locus est, quia noa aliter actor admittitur nisi probet se hæredem, cum legitimo contradictore, vnde eo casu sibi competit exceptio ex persona venditoris, vt cũ eo prius agat petitione hæreditatis, nec eo casu fraudabitur sua rei vindicatione, quia lata sententia pro eo, iudicis officio petet sibi res alienatas restitui d. l. licet, & prosequetur suam rei vindicationem nec aliud probat d § redactæ. & d §. si minori, quia ibi solum dicitur quod recepto prætio ab hærede debitores liberantur, ipso iure cũ in manu veri hæredis sit prætium redactum non recipere sed res ipsas vindicare. Nec obstabit quod si supponimus personæ illigitimitatem, ad standum in iudicio, hæc incapacitas sic reperitur quando regressus patet contra venditorem, ac quando non patet quia vtroque casu sine actione agit, qui adhuc hæres non est & á fortiori quando alius hæres est in possessione hæreditatis, cum titulo habili & legitimo, prout in nostro casu contigit, quia satisfit quod hæres verus semper recte agit vindicando, res distractas ab hæreditate, nec ex alio capite cum repellit tertius possessor, nisi quod infertur petitioni hæreditatis præiudicium, propter euictionem, vnde cum cessauerit euictio, cessabit etiã præiudicium hæredis putatiui, & statim vindicationi fiet locus, quia hæc exceptio non opponitur hoc casu ex persona emptoris, sed ex persona venditoris.

8 Quare concludo quod in hoc tex. solũ agitur de duplici exceptione, prima quæ competit Reo ex persona venditoris. vt dicit Cuman. ibi nu. 6. de qua modo agimus vt ipse repellat verũ hæredẽ, suspenso iudicio quousq; cum putatiuo actũ sit, ne fiat propter

recursum seu regressum præiudicium hæreditatis petitioni & hæc exceptio transit ad emptorem ex reg. l. si tibi decem §.pactum l.fideiussoris §.1. ff de pact. Bart in d §. item si rem Cuman. ibi num 8.secunda exceptio est ea quæ oritur ex persona sua ipsius emptoris, patet ex tex in fine ibi exceptio locũ habet ex persona emptorum vt scilicet admittatur laudatio venditoris, iuxta reg.l.exempto ff de actio emp.l. venditor ff de iudic. Ord lib 3.titul. 45.§. 7.explicat Barbosa in d l. venditor nu. 119.quo casu inter actorem & laudatũ iuditium instituetur, super validitate vtriusque testamenti, & finita quæstione hæredum, ad quem spectet si actor verus hæres appareat, intentatã rei vindicationem persequetur, licet apud nos de iure Regio si actor nolit consentire vt laudatus iuditium in se suscipiat, cum vtroque & Reo & laudato iuditium constabit & finietur ex d.Ord §.7.& 8.

Ex quibus cum in præsenti Reus tit. emptionis possedisset, & regressum habeat contra venditorem hæredem putatiuum, ne fiat præiudicium hæreditatis petitioni, opposita exceptione ex parte Rei actor sumouendus est, vt cum possessore prius experiatur vt pronuntietur hæres, & tunc contra Reum agat, arg.eorum quæ notantur in l.decem ff. de verbor. obligat. & in hunc sensum debent accipi Couar. pract c.12.Parlador.lib.1.c.1.§.11.nu.5. & cap.5.nu.10. vltra Surdum cons.28. num.60. atque ex his confirmauit Senatus sententiam iudicis qui Reum absoluerat ab huiusmodi petitione.



SVMMARIA.

1 *Spoliatus qui patitur super petitorio agi iuri suo renuntiat.*
Clausula omni meliori modo quid operetur.ibi.
Non obstante partis consensu debet solum decidi possessorium.ibi.
Partes non renuntiant iuri publico. ibi.
2 *Qui consentit agi de petitorio adhuc non renuntiat restitutioni.*
Spoliatus petitorium pendens suspendere potest.ibi.
3 *Spoliatus non debet consentire ne sibi præiudicet.*
Consensus tacitus sufficit hoc casu & explicatur cap. 1. de rest spol. ibi.
Si non obstante protestatione iudex procedat debet spoliatus appellare.ibi.
Articuli super proprietate non sunt reyciendi vt impertinentes.ibi.
Solus princeps concedit vt causa possessionis, & proprietatis simul decidantur partibus renuentibus. ibi.
4 *An in odium spoliantis leges reyciant exceptionem dominy.*
Spolium duobus modis remitti potest pacto,vel à parte ante,vel à parte post.ibi.
Primo casu remitti non potest

secu-

secus in secundo. ibi.

5 *Fauori suo quilibet renuntiat.*

Ne spoliatus videatur velle consentire oportet vt declaret se velle vti suo priuilegio. ibi.

Exceptio spolij duobus modis potest deduci, vel in vim dillatoriæ, vel peremptoriæ.

In vim dillatoriæ mouetur cum agitur de impediendo causæ cursu. ibi.

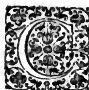
In vim peremptoriæ cum petitur restitutio. ibi.

In vim peremptoriæ exceptio in quacunque litis parte opponitur. ibi.

Non probatur Valasci opinio. ibi.

DECISIO LXXXIII.

An spoliatus sit ante omnia restituendus quando passus est vt reus opponeret de dominio nec protestatus est, ad Ord. lib. 3. tit. 48.



1 CVm Ferdinandus Rodriguez de Portalegre, vel ex Amea opponeret se spoliatum, & vt ante omnia restitueretur pars aduersa de proprietate egit, & ipse passus est super ea causam agitari, dubitabatur an sententia super possessorio tantũ proferenda esset, & placuit cuidã doctissimo Senatori nõ obstante huiusmodi tacito consensu sententiam super possessorio tantum proferendam ex clausula omni meliori modo in impedimentis apposita, qua conseruari dicebat ius agentis ex sententia Valasc. consi. 119. numer. 17. citato Menochio remed. 1. recup. nu. 166. in fine. Cui difficultati addebam quod leges ipsæ reijciunt exceptionem dominij ab spoliatore propositam ob facti atrocitatem, & spoliantis odium l. 1. §. interdictum autem hoc ff. de vi, ibi, *facinoris atrocitatem, &c.* Clem. 1. de caus. posses. ibi, *spoliantis odium, &c.* quare non videtur admitti posse factum partis contra publicam vtilitatem. l. ius publicum. ff. de pact. sicut alias Macedoniano renuntiari non potest, l. tametsi 13. ff ad Macedon. gloss. 1. in cap. si diligenti de foro comp. recepta ex Padilla in l. vlt. n. 9. C. de iuris & fact. facit optima Ordin. libr. 4. titul. 13. § 9. ibi, *E posto que as partes renunciem o remedio desta ley*, faciunt quæ Pinel. in l. 2. part. 2. cap. 2 Cod. de rescind. vendit. num. 2. Mozius de contractibus titul. quibus caus. annullatur emptio à num. 2. Caldas Pereira verbo læsis nu. 2. Mascard. concl. 1264. Zeuallos quæst. 511. Salas de contractib. titul de emption. libr. 27. num. 14. cum alijs citatis á doctissimo Emanuele Barbosa in annotationibus ad leges Regias ad illam Ordinationem cuius indefessus labor nunquam satis laudatus erit, qui cum longa rerum experientia, & fori exercitatione improbum laborem mira industria cõpulauit, dignus quidem vt non exiguo præmio ab inuictissimo Principe cumuletur, nisi commune fatum quod studiosis semper inuidet obstitisset.

2 Secundo potest cōsiderari quod quantumcunque spoliatus consentiat, agitari quæstionem proprietatis, & dominij, ad huc non renuntiat restitutioni, & potest de illa obtinenda agere, d. Clem. 1. in fine, maxime quia probatio dominij spoliatori prodesse, non potest, cum per spolium commissum amiserit omne ius & dominium rei, quæ spoliato tribuitur, l. si quis in tantam C. vnde vi, c. vlt. 1. q. 4. Ord. lib. 4. tit 58. in prin. & tandē facit quod spoliatus petitorium suspendere potest vt de possessorio audiatur cap. significauerunt 36. de testibus in princ. ibi, *suspenso petitorio*, & ibi, *causam possessionis ad quam de iuris beneficio, &c.* Clem. 1. in 2. part. de caus. possess. glos. vlt. ad fin. in l cum fundus ff. de vi cōmunis in d. §. nihil cōmune, vbi Claudius num. 149. Couar 1. resol. c 16 nu. 3. Valasc. consl. 162. nu. 4. cum ergo suspendere valeat petitorium intentatū à fortiori quando à parte aduersa mouetur cum vtroque casu eadem sit ratio, & ideo hoc casu licet pars illud omittat debet á iudice suppleri ex reg titul C vt quæ de sunt aduoca. ex quibus in foro ciuili regula d. c. 1. de rest. spol. non obseruatur Valas. vbi supra num. 11.

3 Verum his non obstantibus cōtrarium dicebam quia spoliatus cui ab spoliāte opponitur exceptio dominij nec expresse nec etiam tacite consentire debet, sed omnino cōtradicere cap. 1 de rest. spol. & fuit Alex in l naturaliter §. nihil commune ff. de acq. poss num. 31. Ripa ibi num. 72. Zazius 64. Menoch. d. remed. 1. num. 167. Surdus consl 166. num. 10. & licet Valasc. d. consl 119. num. 10. sentiat in d. cap. 1. agi de expresso consensu nō de tacito, quod suadetur quia inquit tex. quod quando diaconus constituit se probaturum dominium, spoliatus censensit, quæ verba necessario intelligenda sunt de consensu expresso vt qualitas consensus iuncta verbo constituit, intelligatur iuxta tempus verbi, l. in delictis § si de tracta ff. de noxalibus, alias enim si consensus esset tacitus non diceretur interuenisse, quando diaconus constituit, se probaturum, sed postea quando spoliatus acquieuit & respondit, quia tunc tacite consensisse videbatur, tamen licet illum tex. intelligamus de expresso consensu, non repugnat vt intelligatur de tacito illo tempore quo diaconus proposuit dominiū dum tacēdo spoliatus approbauit, & non replicauit, qui consensus tacenti præiudicat Barbos in l quæ dotis ff de solut. matr. num. 62. facit l. cum ostendimus ibi si præsentes fuerunt & non contradixerunt ff de fideius tacitus namque cōsensus illius qui potest prohibere habetur per expresso l. 2. §. voluntate ff solut matrim. l. sæpe vers cur autem ff. de re iudic iunct. glos. in l Cayus ff de pignor action. & reg l. se ius ff si cert. petat. Adeo vt si non obstante protestatione iudex procedat in causa debeat spoliatus appellare, ne sibi præiudicet Menoch vbi supra num. 167. Valas. d. consl 119. nu. 11 Non tamen ex hoc inferas quod articuli super proprietate tanquam impertinentes ad causam repellendi sunt vt videtur sentire Afflict. decis. 193 per totum quia ex sententia Bald. in l. vnica C. si de moment possess debent admitti ad coadiuuandū causam possessionis, seu defensionis Rei. Angel. in l. si quis ad se C ad leg Iul. prosequitur Afflictus decis. 7. vt autem causa possessionis & proprietatis simul decidi valeat potest à Principe impetrari de quo Cabedus decis. 61. num. 2. Et pro regem hoc concedere non posse testatur Barbosa in l. si de vi ff. de iudic. num. 170

4 Et hac opinione retenta non obstant fundamenta, in contrarium adducta, & primo non obstat, quod in odiū spoliatoris leges reijciunt exceptionem

ceptionem dominij, cui iuri tanquam publico partes renuntiare non possunt, quia respondetur quod omissa opinione illorum qui restitutionem dicunt in odium spoliatorum absolutè, vel mixtam partim in corū odium, partim in fauorem, de quibus late Menoch.dicto 1.remed à num.15. probabilius est restitutionem ex remedio vnde vi, respicere fauorem spoliati, d. l. 1. in princip ibi, *deiecto subueniri, & ideo sine strepitu restituitur*, gloss verbo Seius in l. minor ff. de euictio. & ita cessat regula d. l. ius publicum, & similitudo exceptionis Macedoniani, quæ in odium fuit introducta, l. 1. in princip. ff. ad Macedon. l. qui exceptionem 11. ff. de condict. indeb. vnde dum meminit d. l. 1. atrocitatis spolij, non dicit dari propter atrocitatem, vel in odium spoliantis, sed quod includit in se, & supponit atrocitatem facinoris, idest violentiam, & sic pænalis non est, nec odium continet, lex quæ furtum, aut rapinam restitui iubet, l. si pro fure ff. condict. furtiua, Ordin lib. 3. titul. 18. §. 14. Vnde duobus modis potest remitti spolium, vel à parte ante, & dum est in fieri, vel à parte post, & in facto esse, primo casu nullo modo remitti potest, quia erit contra bonos mores, dum delictum futurum remittitur, & delinquendi ansa tribuitur contra l. conuenire ff. de pact. dotalib. Pinel. d cap. 2. num. 2. Sarmiento lib 1. selectarum cap. 11. nu. 4. Gutierr. practicar. libr. 2. quæst 140. & de iuram. confirmator. 1. part. cap. 26 à num. 2. Molin. de iustitia disput. 349. vers. in Lusitania, Rebello de obligat. iustitiæ part. 2. libr. 9. quæst 3. sect. 2. num. 9. Marta de clausulis 1. p. conclus. 130 num. 23. Valasc. de parti. cap. 40. num. 11. Secundo vero casu valet spolij actio remitti, quæ in partis vtilitatem concessa est, quia priuilegium spoliati in eo consistit, ne cogatur inuitus suo spoliatori respondere, ante restitutionem, cap. 2. & vlt. de ordin. cogni. plane vbi sciens patitur quæstionem, vel exceptionem dominij nec contradicit, iam non cogitur inuitus sed volens, igitur sibi præiudicat, ne ante omnia restituatur.

5 Ad secundum autem respondetur, pænam illius legis cessare, si pars illi renuntiet, vel illam petere nollit, iuxta vulgaria principia, quibus docemur fauori suo quemlibet renuntiare posse l. pen. C de pact.

Ad tertium tandem respondetur cum Aretino quem sequitur Gomez l. 45. Tauri num. 183. & Menoch num. 163. quod non dubitamus posse spoliatum petitorium suspendere, si velit, sed ne videatur, nolle oportet, vt non consentiat tacitè, obiectæ quæstioni dominij, imó declaret se velle suo priuilegio vti, cap. vlt. de ord. cogn. ibi, *audiendus non est*, iuncto vers. sequenti, nec obstabit si quis replicet quod exceptio spolij, in quacunque litis parte opponi potest, cap ex conquæstione, ibi, *post litis ingressum*, vbi Abb. de rest. spol Clem. 1. in 2. part. de causa possess.

Quia respondetur, quod exceptio spolij duobus modis potest deduci, vel in vim dillatoriæ, vel peremptoriæ, primo casu est quando quis vocatus ad iudicium, excipit de spolio, tunc enim habet vim dillatoriæ, & ante omnia opponi debet, Ordin. libr. 3 tit. 20. §. 9. secus autem si per modum actionis proponatur, tunc enim in quacunque parte litis de spolio agi potest, & suspenditur petitorium, vt per Claudium in §. nihil commune nu. 170. in fin. vbi Cuman. & est communis præsertim Canonistarum ex multis citatis per Couar. 1. resolut. cap. 16 num. 3. per Menoch. remed. 15. recup. num. 382. Menchaca illustrium cap 88. num. 27. Padilla num. 36 in l. error C. de iuris & facti, pro qua opinione est tex. in d Clem 1 in 2. part de caus. possess. quia vsque ad conclusio-

nem potest spoliatus petitorium suspendere, l. cum fundum 18. vbi gloss. vlt. in fine recepta. ff. de vi, cap. pastoralis de caus. possess. d. cap. significauerunt de testib. eleganter Bursatus cōs. 129. numer. 33. dicitur autem in vim dilatoriæ spolium moueri, quando solum intenditur impediri cursus causæ, in vim autem peremptoriæ, & per modum actionis, quando restitutionem spoliatus postulat, vt in cap. ex conquæstione actum fuit, & hoc modo procedunt quæ Valasc. cons. 156. num. 32. Vnde fit quod licet spoliatus secundo modo in quacunque litis parte opponere possit, per supradicta, quandiu non patiatur de quæstione dominij tractari, tamen si post talem propositionem patiatur de iure proprietatis disceptari, iam videtur pacisci de non agendo illa via priuilegiata, & succedit reg. l quod in hæredem §. eligere ff. de tributor. cum vulgaribus: ex quibus non secura videtur doctissimi Valasci opinio d. num. 17. & contra eam iudicauimus confirmata sententia, scriba Freitas.

SVMMARIA.

1 *X pecunia mutuo data potest exigi vsura & quãdo.*

In mutuo potest pacisci mutuans de recipienda iusta compensatione. ibi.

Potentia proxima in pecunia negotiationi exposita, est quid distinctum à pecunia communi. ibi.

Licitum est pacisci de iusto lucro boni viri arbitrio æstimando. ibi.

Piscator cessationem à iactu retis iuste vendit. ibi.

Mercator potest pacisci de lucro quærendo. ibi.

A principio non licet pacisci de lucro certo. ibi.

Fallit si à principio appareat quale illud sit, vel esse poßit. ibi.

2 *Interesse conuentũ ad primas nundinas an prorogetur in sequentes.*

In sequentibus nundinis primum interesse solum debetur, non vero interesse intereßis. ibi.

Explicatio motus proprij Pij Quinti. ibi.

Vsura vicem habet fructus. ibi.

Fructus non parit alios fructus. ibi.

Si de nundinis fit mentio simulatè realiter cambium est sicum & reprobatum. ibi.

3 *Ex pecunia data sub certo interesse,* a rezão de juro, *non contrahitur vsura reprobata.*

Generali consuetudine comprobatur hæc vsura.

DECI-

DECISIO LXXXIIII.

De mutuo dato sub ratione interesſis ad nundinas, & an in eo reperiatur vſura, ad Ordinat. libr.4.titul.67.



CVm Ioan. Rodriguez Coutinho cōtraxiſſet cū Rege noſtro inuictiſsimo cum ipſe gubernator Regni Angolæ crearetur, cum facultate Regia magnam pecuniæ quantitatem à manu Georgij Rodriguez ſolis accepit in Regno Caſtellæ, vbi eo tempore, vterque commorabatur, apud Regis noſtri Curiam, deſtinata ſolutione ad nundinas, ratione quarum maxima pecuniæ, & intereſſis quantitas proponebatur exoluta, poſt eius mortem ei ſucceſsit Gondiçalus Vaz Coutinho eius frater, qui contra d. Georgium inſurgebat, ſolutam nomine intereſsis pecuniam repetens, quaſi vſurariam & iniuſte exactam, contra motus proprij prohibitionem: primo dubitabatur ſi in pecunia ſic ad nundinas accepta, vt daretur mutuo conſiderari poterat vſura: ſecundo an hoc cambium eſſet ſicum & vſurarium.

1 Et quoad primum placuit, quod poteſt mercator exigere intereſſe pecuniæ mutuatæ, quam ſub cambio accepit, vt eam daret indigenti, ita vt eam accipiens mutuam teneatur licitum intereſſe exoluere, cuius rei illa eſt ratio, quia licet ratione mutui nihil ſine vſuræ labe, recipi poſsit, cap.1.14. quæſt.3. ibi, *pluſquam dediſti expectes*, cap. putant, cap. plerique, cap. vſura eod. cap.1. de vſur. in 6. cap. ſi quis vſuram, cap quod dicam. 14.q.4. Thomas 2.2. quæſt. 78. articul. 1. & omnes Doctores Theologi, Caietan. ibid. Laurentius de vſur quæſtion.15. Soto de iuſtitia libr 6. quæſt 1. articul. 2. Nauarr. in manual. cap.17. numer. 220 Couar. 2. reſolut. cap.2. num.4. & in cap. 1. num. 5. verſ. tertio, tamen mutuum dum contrahitur, bene poteſt mutuans paciſci de recipiendo iuſta compenſatione, damnj emergentis vel lucri ceſſantis etiam ante moram debitoris exigendi, vt per Hoſtienſ. in cap. ſalubriter de vſur. alij quos citat Couar. 3. reſolut. cap.4. numer.5. vbi dicit communem quam probat Nauarr. cap.1. 14. quæſt 3. num. 47. & in manu dict. cap.17. num.211. Sylu. vero vſura 1. quæſtion.19. eſtque communis Theologorum præſertim Macoris in 4 diſtinct.15. quæſtion 30. Scoti quæſtion 2. Gabr. ibid quæſt.11. articul.1 notabil.2. Almain quæſt. 2. Ioan. Medin de vſuris quæſt. 2. cauſa 2. Conrrad. de contractib. quæſtio.30. Molin. tom.2. de iuſtitia diſputat.315. § contraria tamen, Cardin. Tolet. lib. 5. Cum cap 33. num.1. Leſsius libr. 2. cap 20. num. 80. Rebellus de obligationibus iuſtitiæ lib.8. quæſt.5. nu.4. & Azor. tom.3. lib.5. c.5. p.1. ratio eſt quia licet potentia communis, & remota quam

quam omnis pecunia habet, ad lucrũ ex negotiatione, nõ sit aliquid distinctum ab ipsa pecunia, nec eius valorem augeat, nihilominus potentia proxima, & particularis, prout pecunia negotiationi, & lucro verosimili destinata, habet quid distinctum á pecunia communi, & considerata, vt sic est, plus valet concludit Caietan. 22.q.78. artic. 2. ad 1. igitur licebit mutuanti, vtrumque in pactum deducere, Conradus de contractib q 30.conclus. 4 Nauar.vbi sup. ex num.50 cæterique Doctores citati, licet Innocent. in c. vlt. de vsur. Sotus, Ioan. Andr. Calderin. Anchar. Butri. & Aymon. alij relati á Couar. & ab Azore vbi supra repugnent, quia sicut licet pacisci de damno vitando, licet & pacisci de iusto lucro, & boni viri arbitrio vendere cessationem ab illo, quantumcunque quis sponte mutuauerit, dummodo lucrum non æstimetur, vt iam habitum, sed vt habendum, & speratum, & cum his circunstantijs, l.nec emptio 8.ff.de coutrah. emptio. l.si iactum ff.de actio.empti.sicut alias piscator cessationem á iactu retis, & operarius cessationem ab opere, & artificio iustè vendit, l.cum duobus 52. § qui in cocunda, ibi, *pratium enim operæ artis est velamentum*, nam qui alij commodat instrumẽta suæ artis, iusté paciscitur de iusto lucro amisso ex cessatione. Ex quibus elicitur mercatorem sicut potest mutuando propriã pecuniam negotiationi destinatam, pacisci de lucro quærendo, à fortiori posse, dum eam sub vsuris accipit, vt mutuet de damno vitando pacisci, quia suæ artis instrumenta cõmodat, nec potest dici quod dum voluntarie mutuauit, videtur recessisse á tali lucro sua sponte, & cum nulla scienti fiat iniuria, reg. scienti libr. 6 non est cur damnum prætendat resarcire in quod sponte incidit, quia satisfit, quod non simpliciter consentit, quia statim à principio protestatur, de lucro vel damno, & de eo paciscitur, nec est admittenda differentia inter pactum, super damno vitando, vel lucro captando, vt neruosè intendit Soto vbi sup. quia vtroque casu par est ratio, Nauarr. vbi supra num.56. quod si quis replicet, posse hoc modo viam fraudibus aperiri, quia mercatores poterunt simulando pecuniam, esse negotiationi expositam, & sub ratione lucri cessantis, vsuras exigere, huic difficultati occurrit, Conradus d quæst. 30. conclus. 4. vers. contra quartam. Vnde licet regulariter in principio non liceat, super interesse mutui, pacisci, etiam quando illud iuste exigeretur, ex Ioan. And in c. salubriter de vsur. Gama decis 110 num.18. Rebuff. in l.1.C.de senten quæ pro eo glos.vlt. num.35. quia adhuc non apparet quale tale interesse esse debeat, quia pendet à futuris causis, & in certis quæ impediunt, ne certum interesse, in pactum deducatur, tamen si à principio appareat, quale illud sit, vel esse posit, nil impedit, quod super illo pacisci liceat arbitrio boni viri, attento dubio euentu, imó & poterunt partes æstimato, inter se dubio euentu, in modũ transactionis conuenire, argum. l 1.ff. de transactio, & licet postea contigerit minus fuisse interesse non tenebitur paciscens, aliquid diminuere, vel addere si maius sequatur, sic Nauar. in d. c.1.num.57. vers. la segunda, post Medinam quem refert Mercado c.10.vers. destos, ex quibus declaratur glos. vlt. in cap. dillecti 17. de foro compet. & quæ tradit Burgos cons 49. à num.7. & 12.

2 Ex quibus in præsenti placuit arbitrio boni viri hoc interesse peti potuisse, in secunda quæstione dubitabatur an hoc interesse conuentum ad primas nundinas esset prorogandum, ad sequentes, & cum augmento eiusdem interessis, in

in primis

in primis nundinis debito, quasi illud interesse efficeret sortem principalem, & placuit viso motu proprio Pij Quinti, quem adducit Nauarr. d. cap. 17. quod interesse promissum non poterat ad alias nundinas præter primas extendi, explicat Molin. disput. 404. vers. non tamen, vt in sequentibus nullum interesse debeatur, sed quod in sequentibus primum interesse continuetur, primæ sortis, vt nulla habeatur ratio interesśis vsurarum, quia hoc videtur colligi ex verbis d. motus proprij, explicat Nauarr. vbi supra ibi, nullo maiori lucro cum ergo non sit maius sed idem non impedit continuari posse, in nundinis futuris si realiter illæ dabantur, quæ interprætatio iuri consonat secundum quod nullæ vsurarum, sunt vsuræ, nec in stipulationem deduci possunt, l. si non sortem §. 1. ff. de vsur. absurdum namque est eandem rem, & sortem esse & vsuram, nam quatenus pro sorte pecuniæ præstantur, sunt vsuræ, quatenus autem pro ijs præstatur, vsuræ sunt sors, argum. l. si plures ff. de pact. l. pen. ff. de recep. arbitr. l. ille à quo §. penult. ad Trebell. & quod de personis ibi dicitur idem de rebus dicendum est, ne vna res seu persona diuersas figuras induat, deinde vsura vicem habet fructus, l. vsuræ ff. de vsur. fructus autem fructum non parit, eleganter Donel. in l. fin. C. de vsur. num. 1. Cuia ad l. 9. ff. de vsur. in §. vsurarum tom. 4. fol. mihi 1160. vnde si verè nundinæ non erant, sed simulare de illis fiebat mentio, nullæ vsuræ deberentur, super quo diligentiam fieri placuit, quia si realiter nundinæ non dabantur cambium erat sicum, & simulatum vt late Molin. d. disputat. 404. Azor. institut. moral. lib. 10. 3. part cap. 8. vers. secunda conditio, Sapia de vsur. conclus. 3. §. 2. num 23. Farin decis. 775 num. 11. in fine. Bursatus cons. 393. num. 28. lib. 4. Rota Genuæ decis. 37. nu. 11. Morla in empor. titul 8. in princip. num. 42. Nicolaus de scriptura priuata libr. 3. de liter. camb. num. 14. & hoc modo sententiam confirmari, & reuocari placuit.

3 Illud non omittam sæpe in Senatu decisum quod non committatur vsura quando pecunia datur sub certo interesse, vulgo *à razão de juro*, etiam inter personas quæ mercaturam non exercent, ex his quæ Molina de iustitia disputat. 418. Surdus decis. 259. num. 16. iudicatum dicit doctisśimus Emanuel Mendez de Castro in sua praxi lib. 3. cap. 22 num. 29. & generali consuetudine & approbationo receptum, & iudicatum sæpius extitit hunc contractum esse licitum cum illa moderatione, *de seys & hum quarto*, sic enim videmus religiosos viros eam ab omnibus recipere quorum satis probata opinio, & sanctimonia cõsuetudinem commendat, sic fuit iudicatum in processu Ioannis Rodriguez cum hæredibus Antonij Correa, scriba Stephanus de Vianna, & in altera Alfonsi Bembi.



SVM.

SVMMARIA.

1  *Ideiussor ante principalem non conuenitur.*

Fallit nisi se constituat fideiussorem principalem. ibi.

Quando pater dotat vltra legitimam filij, & tertiam potest dubitari an fideiussio valeat. ibi.

Fideiussor non obligatur in duriorem causam quam principalis. ibi.

2 *Ex promissor est qui pro non obligato se obligat.*

3 *Ex promissor alienæ obligationis inefficacis, efficaciter obligatur.*

4 *Diuisio inter debitores inducta nō est ex sola petitione nisi accedat solutio.*

5 *Quando partem ab omnibus petit inducitur diuisio alias secus.*

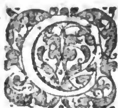
Amplia etiam quando nulla partis fit mentio. ibi.

Confunditur hæc Alexandri sententia.

In hoc regno nunquam inducitur diuisio nisi exprimatur.

DECISIO LXXXV.

An fideiussor datus pro securitate dotis promissæ quando excedat legitimam & tertiam defuncti possit pro illo excessu conueniri vt ex suo soluat, Ordinat. libr. 4. titul. 39. §. 2.



Vm° dominus Franciscus Lobo matrimoniũ contraxisset, amplissima dote promissa, eius fideiussor extitit Didacus Nunez Caldeira, se principalem constituens debitorem, & in fine obligationis addidit, quod casu quo ex legitimis & tertia Didaci Duarte soceri eiusque vxoris, defunctæ implementum dotis dari non potuisset, quod eo casu ipse tanquam principalis, de suis proprijs bonis se soluturum pollicebatur,

1 Cumque â Didaco Nunez tota dos peteretur, in sui defensionem adducebat verba illa vltimæ clausulæ, asserens se non teneri nisi ad illud tantum quod excedebat legitimam & tertias, quasi fideiussor datus fuerit tantum ad excessum, non vero ad valorem legitimæ, & d. tertiæ sicque aliquibus Senatoribus placuit, ego dixi cõtrarium non constituens reum fideiussorem, indemnitatis, vt illi doctissimi Senatores asserebant, nec habere hoc casu locum auth. præsente Cod. de fideiussor, cum alijs traditis per decis. Pedam. 166.

166.num.1. Bortel.consf.47. numer.2. Gutierr.de iuram.1.part.cap.23. nu 1. vbi explicãt fideiussor rem ante principalem non conueniendum, quia in nostro casu, ipse se principalem constituit debitorem, quo casu limitatur regula, d. Auth. præsente, Schidiuimus in §. si plures instit. de fideiuss. num. 34 fol. 523. Fachineus lib. 3. controuers. cap. 15. Ord. Regia lib 4. titul 59. §. 3. Boer. decis. 221. num. 13. Barbos. in l si constante nu 115 ad fin. ff sol matrim. Et aduertebam quod d. clausula fuit apposita, in augmentum præcedentis obligationis, in casu magis arduo, scilicet quando facta collatione cum reliquis cohæredibus, vt inter eos seruaretur æqualitas, l vt liberis Cod de collatio. quo casu filius dotatus, reliquis fratribus confert, ea quæ vltra legitimas, & tertias defunctorum accepit, Ordin. lib. 4. titul. 91. §. 3. Et poterat dubitari, an pro illo excessu valeret fideiussoria obligatio, quia pater non poterat promittere dotem quæ excederet legitimam & tertiam, vt ex ea repleri posset, & cum respectu patris esset inefficax obligatio, nec fideiussio valida esse poterat, ne in duriorem causam quam principalis obligaretur fideiussor, contra regulã l. græce § illud ff. de fideiussor. Duenas reg. 333. decis. Perus 57. num 1. Cuiatius ad l. si testamento 49. §. vlt. ff. de fideiuss. in lib. 28 q. Papini 4. tom. fol. 614. Surd. cons 20. num 10. adeo vt in nihilum teneatur fideiussor, in duriorem causam datus, ex eodem Cuiatio in lib. 11. respons. Papi. in l. pecuniæ ff. de vsur. lit. D. & E. repræhendens Alciatum qui existimat solum non teneri in excessu quasi vtilis obligatio non vitietur per inutilem. Atque ideo cum illa clausula posita fuerit ad augmentum, non debet operari contrarium effectum, vt priori obligationi quæ præcedebat aliquid detraheretur.

2 Vnde oportuit vt fideiussor eo casu excedens fideiussionis terminos, se faceret dotis datæ ex promissorem vt pro non obligato obligaretur, ex sua persona l & eleganter § seruus pactionis. ff. de dolo, l qui libertinus in fine ff. de oper liber Donelus ad Rubr. C. de fideiuss. num. 5 Alciat. de verbor. signi. verbo ex promissor, quia prior obligatio respectu dotantis erat inefficax, cum in partitionibus & collationibus, posset diminui Ordinat. d. titul 97. § 3. Valasc. de parti cap. 13. à num. 21 & cap 15. num 85.

3 Et ideo ex promissoris obligatio cum efficaciter obligauit quia debitũ alienum fecit proprium, vt ponderat Flores lib. 1 quæst 11. num 8 & potuit omisso principali pulsari, Barbos in l. si constante nu 1. 6 ff. solut matrim.

4 Nec obstabat quod à parte contraria allegabatur Actorem iam partem debiti à principali debitore recepisse, quo fuit inter eos inducta diuisio, l reos ff de duobus reis, l. si ex toto ff de leg. 1. l. 2 ff de duobus reis, ibi, *ideoque petitione & acceptilatione vnius tota soluitur obligatio*, quia verius est solam petitionem non sufficere, sed requiri insimul solutionem vt deducitur ex illo tex verbo & acceptilatione, l. creditor 60. ff. mand. § ex huiusmodi instit. de duob reis, Paulus cons 393 in fine lib. 1 quia acceptilatio in illo tex. præsupponit solutionem §. item per acceptilationem instit. quibus mod. soluitur obligatio, & ita est communis cum Bart. in l. ex duobus ff. de duob. reis.

5 Nec obstat quod recipiendo partem ab vno ex pluribus insolidum, obligatis, inducta videtur diuisio, l liberum 16. C. de fideiuss. l si creditores C. de pact. Tiraq. de iur. primi. q 67. num. 1. in fine, Duarenus in l. si ex toto ff de legat. 1. quia illud procedit quando ab omnibus simul partem petijt, patet ex d lege liberum, ibi, *aduersus omnes fideiussores contestetur, &c.* Bart. in

l.ex duobus num. 12. ff. de duob. reis, Boer.decis.330. quod ampliat Alex.in l.si pluribus ff.de leg.1.num.6.etiam si conueniantur nulla partis facta mentione, communis ex Ripa ibi nu. 17. Afflict. decis.142. licet aliter distinguat Couar.variar.cap.7.num.7.

6 Quæ tamen Alexandri ampliatio confunditur ex d. l.si pluribus, & ex l. si inter 32. §.1.ff.de fideiussor, & attenta natura obligationis,qua singuli in solidum tenentur, qui vt tales videntur conueniri in dubio, quando aliud non exprimitur ita tenuit Conanus lib.5.cap.4. ex nu.3. quod apertius procedit in hoc regno, attenta Ord.d.lib.4 titul.59.§.3.qua duo fideiussores velut duo rei debendi, insolidum tenentur, excluso diuisionis beneficio, de quo in auth. præsente C. de fideiuss. & in auth. hoc ita C. de duob.reis,cum ergo apud nos non detur diuisio, non est probabile actorem voluisse diuidere, nec tale sensisse, præsumi debet quando specialiter non expressit. Vnde nil mirum si in præsenti etiam habita parte debiti ab vno, posset actor reliqum ab altero consequi, sic placuit Senatui confirmata iudicis sententia, scriba Chaues.

SVMMARIA.

1 *DEbita non fiunt communia inter contrahentes.*

2 *Bona illius qui tenetur creditoribus nihilominus sic affecta communicantur.*

Ord.lib. 4.titul.95.§.4.interpretata.ibi.

Si vtilitas debiti contracti ante matrimonium incidit in tempus matrimonij tunc vxor tenetur.ibi.

3 *Qui debitor est bona communicat reuocabiliter tamen.*

Absurda sequerentur ex contraria interpretatione. ibi.

Communicatio est alienatio. ibi.

4 *Varij casus circa debita antea cōtractu enumerantur.*

5 *Sua debita maritus soluit ex fructibus perceptis.*

Interpretata Ord. libr.4. titul.95. §.4.ibi.

Lucra non dicuntur nisi quæ soluto matrimonio supersunt.ibi.

6 *Ex dote vxoris maritus non soluit etiam quando dos communicatur.*

7 *In dubio præsumitur maritum ex acquisitis soluisse.*

Quid quando maritus non habebat vnde solueret. ibi.

Quid quando soluit de bonis vxoris.ibi.

Quid quando soluto matrimonio debita petuntur.ibi.

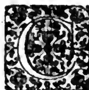
Debita communia quomodo soluantur ex bonis coniugis debitoris, & acquisitis pro sua parte.ibi.

8 *Quid dicendum quando per dotem & arrhas contraxerunt.*

DECI-

DECISIO LXXXVI.

Debita contracta ante matrimonium quomodo sequto matrimonio solui debeant ex bonis debitoris vel communibus, ad Ordin. lib. 4. titul. 95. §. 4.



CVm quidam P. filium ex primo matrimonio suscepisset, illi promisit 50. mille nummos ex causa dotis, vt matrimonium contraheret, factaque donatione ad secundas conuolauit nuptias, & Mariam Ribeira vxorem duxit, & constante inter eos matrimonio, d 50 mille nummos promissos exoluit, & post aliquod temporis spatium diem clausit extremum, vxor cum de diuidendis bonis ageretur, petebat vt sibi liceret ex cõmuni aceruo alios 50. mille nummos deducere, vt inter eos æqualitas obseruaretur, vt quod licuit marito pariter & vxori liceret, cum vtriusque par deberet esse conditio. Acentius dias (sic enim dicebatur filius) instabat, hoc nullo modo fieri posse, quia debitum illud fuerat à patre contractum, ante matrimonium.

1 Quo casu necessario erat soluendum ex bonis parentis, & tanto minus fuisse communicatum, quia debita non fiunt communia inter cõtrahentes, quia cum communio ad bona ipsorum ordinetur, bona non dicuntur nisi deducto ære alieno l. subsignatum §. bona ff. de verbor signi. l. mulier bona §. sed non plus ff de iur doti. comprobat Gama decis. 177. vbi dicit iudicatum non dari communicationem, Cabed. decis. 131. num 7. licet num. 4. aliter videatur sentire Valas 103 n. 35 idem Gama decis. 167. & decis. 367. Valas. de parti. c. 23. à n. 21.

2 Quia tamen verius esse puto, vt omnia bona illius qui creditoribus tenetur, communicentur, contracto matrimonio sequentia noto quod debita quæ matrimonium præcedunt contractum secundum legem regni, quo omnia fiunt communia sequuntur personā debitoris, & ex bonis ipsius solui debent. l. 1 § si coheredem ff. ad l falcid. Ayora de parti c. 7 à num. 1. & 2. Flores ad Gamā decis 177. Valas. d. cap 23. num 11. Ord lib 4 titul. 95. §. 4. nisi illius debiti ante matrimonium contracti, vtilitas incidat in tempus constantis matrimonij. quia tunc licet ratione initij debitum esset solius mariti, qui illud contraxit, vel è conuerso, ratione tamen finis & consumationis, quia vtilitas seu emolumentum debiti in tempus matrimonij defluxit, illud debitum efficietur cõmune quasi ab vtroque coniuge conflatum, vt eleganter Valasc d. cons 103. nu 35 agens de eo qui fructus conduxerat, quos postea cõtrahens cũ familia consumpsit.

3 Tamen qui contraxit licet debeat, sua bona cõmunicat cum vxore non absolute, & irreuocabiliter, sed sub illa conditione resolutiua nisi creditores instent, & bona auferant, aliter namque sequeretur magnũ absurdum, quod si illa pars bonorum quæ respõdet debitis, non communicaretur nec fructus ex illa fierent cõmunes, quandiu à creditoribus non exigitur, quasi percepti à re non communi, qui nullo modo ad societatem spectare possunt,

nisi sub vmbra cõmunicationis præcedentis, quod quidem admittere est excutire, quia aliud est bona non cõmunicari, & aliud non communicari debita, quare licet debita non fiant communia, quia vnusquisque pro suo tenetur, tamen illud vinculum personale non inducit onus reale, nec rem efficit inalienabilem, nec si daretur impediri posset, propriæ rei alienatio, l. si obligata prædia C. de euictio, Valasc. de iure emphy. q. 32. n. 14. Molin. Theolog. dispu. 383. vers constat, Ord. lib. 4. tit 3. valet enim etiam rei alienæ distractio. l. rem alienam ff. de cõtrah. emp. ipsaque cõmunicatio nihil aliud est quam quædam alienatio, l 2. ff. pro socio, Gama decis. 320 nu. 2. Ord. lib. 4. tit. 105. prosequitur Tiraq. de constit. ampliat. 32. nu. 6. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 2. nu. 33. quando vitium litigiosi vel aliud simile non obstet Ord. lib. 4. titul 10.

4 Quibus suppositis, quando maritus contrahit, secundum legẽ Regni, circa debitorum antecedentium matrimonium solutionem, sequentes casus obseruari possunt. Primus quando debita maritus soluit, ex bonis quæ in communicationem adduxit. Secundus quando bona quæ adduxit non sufficiunt, quia debita bona absorbuerunt, an posit soluere ex fructibus bonorum vxoris. Tertius quando non habens bona, soluere valeat ex bonis vxoris. Quartus quando soluit & non constat ex quibus bonis. Quintus quando durante matrimonio non soluit, & eo soluto ab vxore debita exiguntur. Primo casu illa communicatio á principio inducta resoluitur, & reducitur ad non causam, quia tandiu durauit communitas respectu illius partis, quandiu á creditoribus ablata non est, quia nullibi legitur communicationem non fieri, nisi ex bonis liberis & vere, & effectu proprijs, quia etiam onerata cum suo onere cõmunicantur, & qui debet alienat, nisi faciat in fraudem per tot. titulum ff. quæ in fraudem creditor.

2 Secundo casu non est dubium, posse sua debita soluere ex fructibus perceptis, ex bonis vxoris, fructus enim maritus capit pro matrimonij oneribus, l. pro oneribus C. de rei vxor. l. dotis fructus ff. de iur. dot. Cuia. in l. vnica C. illo titul. de rei vxor. Molin. disput. 275. Cabedo decis. 106. Ord. lib. 4. tit. 64. & titul. 60 ibi, *moueis*, Valasc. d cons. 103. in fin. Maxime in alienatione necessaria, qualis illa est quæ fit pro executione rei iudicatæ Ord. lib. 4 titul. 38 in princ. ibi, *mas tambem na necessaria que se faz por autoridade de Iustiça*, & lib. 3. titul. 93. §. fin & lib. 1. §. 26. titul. 83. nec aliud euincit d. Ord lib. 4 titul. 95. §. 4. quia solum agit de dote ne capiatur pro debitis mariti, non vero de fructibus ipsius, ibi, *nos bẽs que trouxer &c.* quæ verba ad solam dotem diriguntur, non ad ipsius fructus: quod tamen secus erit, in vxore debitrice, quia si non habeat bona, vnde sua debita soluat, non poterit ex fructibus bonorum mariti, quasi sibi communicatos, vel ex his qui superfuerunt quasi ex acquisitis & communicatis soluere quia fructus ad vxorem non spectant, nec si supersint in fine anni possunt vocari acquisita, vt diuidantur durante matrimonio, vt ex sua parte vxor suis creditoribus satisfaciat, quia societas quandiu durat, non potest fieri diuisio, nec lucra dicuntur, nisi illa dissoluta morte alterius, quia hæc est perpetua, & aliter non soluitur quam diuortio, & morte, & interim dũ durat nulla fit separatio, seu diuisio lucrorũ, nec agitur pro socio ad diuidenda lucra Soares titulo de las ganancias num. 58. Ioan. Lup. in tract. de lucro dotis. l. 14. num. 20. nec aliud probat illa Ordin. in fine, ibi, *& na sua ametade dos bems que despois de casados forão acquiridos*, supponens posse in vita fieri diuisionem,

diuisionem, vt ex acquisitis soluatur creditoribus, quia illa Ord. si attente legatur, agit de vxore quæ conuenitur iam soluto matrimonio, patet ex tit. in quo posita est, *Como á molher fica em posse & cabeça de casal*, & ideo dicit, quod ex acquisitis soluatur, supponens quod matrimonio soluto, vxor ex acquisitis illo tempore diuidendis soluat, qui videtur verus sensus illius legis, aliàs enim magnum sequeretur absurdum, quod vxore soluente, ex acquisitis constante matrimonio, (quando scilicet bona non adduxit) maritus posset tantundem à communione auferre, vt æqualitas obseruaretur, hoc tamen quod auferret iterum à lege cõmunicatur, cum vxore ex generalis societatis lege, quæ aliud non patitur, maneret ergo in æqualis contractus, & cum maximo viri dispendio etsi non communicantur quæ deducit datur inconueniens, vt aliqua sint bona, quæ non communicentur, inter eos cum tamen sint socij vniuersales.

6 In tertio casu non soluit maritus ex dote, vxoris per legem Regiam communicato, inter eos, nisi specialis ipsius accedat consensus argum. Ord. lib. 4. titul. 48 §. 3. & lib. 4. titul. 97. §. fin. ibi, *se ella expressamente naõ outrogou.* Valasc. de parti c. 26. num. 18 alias enim maritus non potest immobilia vxoris alienare, Gama decis. 346. num. 4. Valasc cons. 69 num. 14. Barbos in l. 1. part. 5. ff. sol. matrim. num. 46. & in l. diuortio § fin. 1. part. num. 98.

7 In quarto casu in dubio præsumitur solutionem factã fuisse ex acquisitis, eleganter Valasc. cons. 103. num. 36. In quinto casu quando soluto iam matrimonio creditores vxorem interpellant, vel hæredes ipsius mariti pro debitis antea contractis, superiores casus iterum repetendi sunt: primus quo bona suppetunt mariti, tunc ex d. bonis soluitur, & resoluitur communicatio, acsi à principio nulla daretur, creditoribusque satisfit, ex bonis ipsius, quæ si non sufficiunt ad acquisita, fit transitus, vt ex ipsis etiam satisfiat, & adhoc alludit Ord. d. §. 4. in fin. ibi, *E na metade dos bems &c.* Secundus fit casus quando bona non habet maritus sed solum agitur de soluendo excõmunicatis, & acquisitis, tunc in partem mariti debita ipsius imputantur, vxorque tantundem deducit, argum. Ordin. lib. 4 titul. 64. Valasc cons. 103. num. 33. licet ipse Valasc. de parti c. 23. nu. 21 videatur ad hæc non respexisse dum simpliciter de omni aceruo debita deducenda docet. Tertio casu si inuita de bonis vxoris soluit, eadem fit imputatio, vt de bonis communicatis illa pars pro soluta habeatur, & tradita, & etiam fructuum non perceptorum habenda est ratio, quia & iam in his fraudauit communicationem Quartus casus esse potest, quãdo matrimonio soluto morte viri debita antea contracta petuntur, vel hæreditate adhuc iacente ante diuisionem, vel post: primo casu adhuc censetur durare cõmunio, inter coniuges quia hæreditas defunctum repræsentat, Cabed decis. 131. num. 5. & ideo de bonis mariti fiet solutio, si non suppetant ex lucratis, & adhoc fiet diuisio: si autem post factam iam diuisionem actũ sit, nullam competere actionem sentit Cabedo d. decis. 131. quia Ord. Regia d. §. 4. non permittit executionẽ fieri pro debitis, antea contractis, nisi durante adhuc matrimonio, actum sit, ibi, *somente se podera fazer execução em quanto o matrimonio durar, &c.* Ridiculum tamen mihi videtur hoc ita asserere quia etiamsi facta sit diuisio hæreditatis debita actiue & passiue, ipso iure inter hæredes diuiduntur, l. ea quæ C fam. hercisc atque illico creditor mariti contra omnes hæredes agit, vt quilibet pro sua parte refundat, quod indebitè accepit, quia hæreditas non est nisi deducto ære alieno, l. Pa-

pinianus. §. qua ita ff. de inofficio. testam. d. l. subsignatũ. §. bona ff. de verbor signi. & pari iure vxor compellitur', pro sua parte idem soluere debitum, quod cum commune fuisset, omnes tenentur æqualiter soluere, & illa pars per errorem soluta si hæredes nõ sint soluendo condicitur, quia est propria ipsius creditoris, & apud vxorem est, sine causa, argu l. si me & Titium ff si cert petat. nec aliter potest accipi d. Ordinatio quia dum casum expressit in quo potest in vita fieri executio, non exclusit alium quod post mortẽ ipsius eadem peti possit, in bonis mariti, & insuper in acquisitis, & cõmunicatis, quia licet in vita mariti, solum pro bonis quę ipse attulit, possit conueniri, tamen societate dissoluta, quia beneficio legis, in dote vxoris cõmunicauit, potest peti executio in illa dotis parte, quæ marito per communicationem acquisita proponitur, & adhoc alludit d Ordin. in fine.

8 Quando autem matrimonium per dotem & arrhas contrahitur in forma iuris communis, quoad debita antea contracta, nulla est differentia, in his quæ supradiximus, in his autem quæ matrimonio durante contrahuntur, vnusquisque pro suis debitis tenetur, de quo incasu notabili Valas d. cons. 103 num 35 & solum maritum teneri ad debita conflata ratione familiæ Gama decis. 186. & 200. idem Gama decis. 177. quæ decisio non dubitatione caret, cum ibi proponerentur expensæ factæ cum familia, ex his quę idem Gama decis 367. num. 6 in quo non immoror, quia non est huius inspectionis, & vide Barbosam in l. si constante á nu 52 ff. solut matrim.

Ex quibus sententiam reuocauimus quæ iubebat vt vxor æqualem summam de aceruo hæreditatis deduceret, quia cum debitum esset contractum, ante matrimonium, resoluitur quoad illam partem communicatio, acsi à principio maritus illud minus in bonis habuisset, nec est cur vxor tantundem de aceruo auferat, cum nulla inæqualitas insurgat quando maritus debita quæ à parte ante contraxit modo soluit, & apparet minus habuisse vel nihil habuisse in bonis. Scriba Ludouicus Lopes.

SVMMARIA

1 *Mutata forma res extincta esse videtur.*

2 *Instaurata seu refecta domo antiqua seruitus manet.*

Si ædificium in eadem specie & qualitate reponitur vtiliter idem est. ibi.

Proprietas totius nauis carinæ causam sequitur. ibi.

Interpretata Ordinat. lib. 1. titul. 68. §. 28.

DECI-

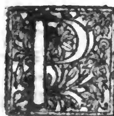
DECISIO LXXXVII.

An seruitus stilicidij destructa domo expiret, Ordinat. lib. 1. titul. 68. §. 28.

1 DEstructa domo superiori, quæ ius habebat stilicidij incæpit dubitari, an reformata antiqua domo, ius stilicidij duraret, negabat domus inferioris dominus, seruitutemque mutatione formæ extinctam, l. re peti §. mutatione ff. quibus modis vsusfruct. amitt. pugnat pro hac parte authoritas Gai. in l. mulieris 13. §. 1. ff. de verbor. signi. quatenus ex authoritate Sabini probat, rem abesse & extinctam esse cuius prorsus forma mutata est, ibi. *res abesse videtur vt Sabinus ait & Padius probat etiam hæ quarum corpus manet, sed forma mutata est, ideo si corrupta reddita sunt vel transfigurata videri abesse*: idem Gaius in l. si ita legatum ff. de legat. 1. ibi, *Si domus fuerit legata licet particulariter ita refecta sit vt nihil ex pristina materia superfit tamen dicimus vtile manere legatum, at si ea domo destructa aliam eodem loco testator ædificauerit dicemus interire legatum*, tradit Afflict. q. 392. Brunus de refectione conclus. 5. nu 47. & lib. de interitu conclus. 5. & 7. idem Afflict. in cap. 1. §. fin. à num. 31. de Capit. contra. Bellouis. cons. 1. num. 7. & 8. facit l. si grege ff. legat. 1.

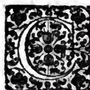
2 Verum senatus censuit instaurata seu refecta domo, antiquam seruitutem manere, quia si sublatum sit ædificium, ex quo stilicidium cadit, & in eadem specie, & qualitate reponatur, vtilitas exigit, vt idem intelligatur sunt verba Sabini, in l. seruitutes §. si sublatum ff. serui vrbanorum, Cæpola de serui vrban. q. 6. nu. 6. Tiraq. de retract. ligna. §. 32. gloss. 1. num. 55. & in fine tituli nu. 72. & 73 quod ex Bart. sententia procedit in seruitute reali in l. damni §. si is qui vicinas ff. damno infect. num. 1. ad fin. Vnde ẽ conuerso idem recipiendum est, quã do destructa est domus inferior, vbi cassitabat stilicidium, quia etiam tunc area ipsius seruitutem sustinet, quia area est pars ædificij antiqui, d. §. si sublatum, ibi, *quamuis area pars sit ædificij*, facit elegans ratio l. Mutius ff. de rei vindic. ibi, *nam proprietas totius nauis carinæ causam sequitur*, cui repugnat Paulus in l. sed si ff. acq. rerum domin. de quo diximus decis. 55. & pro nostra sententia est Ordin. libr. 1. titul. 68. ibi, *& à quizer refazer ou fazer de nouo, não podera fazer mais janelas nem maiores &c.* sicque etiam in hoc secundo casu iudicauimus in processu Elisabetæ d'Orta, contra Emanuelem Dias, scriba Petro Correa. Idem placuit in alio processu agitato inter Ludouicum Aluarez, contra Bertolameum Fernandez, oppidi de Portalegre, scriba Dominico de Basto.

SVMMARIA.

1 
Er Regiam prouisionem permissus est ludus alearum.
Ad lucrata in ludo prohibito non datur actio. ibi.
Ludo amisso non repetuntur aludente sed à fisco. ibi.
2 *Interpratatio Regij dipplomatis.*
De iure communi vltra solidum nemo perdit. ibi.
3 *Pecunia lucrata sub fide prastita an debeatur.*

DECISIO LXXXVIII.

An competat reperitio pecuniæ in ludo amissæ, ad Ord. lib. 5. titul. 82.


1 Ontrouersia orta fuit inter ludentes an competeret repetitio pecuniæ lucratæ, in ludo, alearum, aliás prohibito, attento iure l. alearum. C. de religios. in toto titulo C. de aleator. cap. Episcopus 35. dist. & per legem Regiã lib. 5 tit 82 fecit dubitandi causam regia prouisio qua permittitur lusus alearum, solumque interdicitur, ne aleæ vendantur, nec alijs vti liceat, quà à certa persona venditis, vulgo *do estanque*: vnde videtur permissus ludus alearum, & sic producitur actio ad lucrata, & repetitio cessat: cum hæc causa moueretur inter Eduardũ Aluarez Bocarro, contra Gasparem de Valadares, Preses reum condemnabat, vt solueret summam in ludo amissã, scriba Quintal similis contigit causa, inter Antonium d'Almeida, & Franciscum d'Andrade, cuius fuit scriba Gaspar de Basto. Senatui placuit reuocandam, quia ad lucrata in ludo prohibito nõ datur actio, & cõpetit soluti repetitio, nisi præscriptio quinquagenaria obstet, l alearum vsus. C. de religios. § cõmodis sintagma iuris lib 39. cap. 3. Bal. ad rub. C. de condict. ob turpem caus. Coler. decis 173. Amatis decis march. 137. adeo vt si ille qui in ludo amisit non repetat, fisco viã sternat, vt ipse reuocet, vt in vsus publicos cõuertatur cad l. fin. in § fin autẽ, Bellocombus in sintagma cõmun opin nu. 6 lib 3 tit fin. fol 432. videndus Bart. in proæmio digestorũ. §. illud. Imol. in l. si quis cum sciret nu. 1. & 3 ff de vsucapio. proemptor. Cæpola cautel 55. Cou. in reg peccatũ 2. p. § 4. n. 1. Naua. in manu. c. 19 n 9. Morl. in empor. 1. p. tit 7 q 2. n. 1. Tho. 2. 2. q 37. art. 7. ad 2.

2 Nec aliud euincit Regia prouisio, qua ludus alearum permittitur, quia in eo dipplomate exprimitur, quod ludo vti posſit ad recreationem, in quo reducitur ad terminos iuris communis, secundum quod ex permissu principis vltra solidum, nemo

nemo perdit in ludis iure approbatis, d.l fin.§.sed nemini. Vide l 6. titul.14. partit.7.& titul 7.lib.8. nouæ recopil. Azeued.ad l.1.illo titul.& lib.num.16. vltra Clarum lib. 5. §.ludus, & Gomes l.45. Tauri num. 40. quod à fortiori procedit quando fraude ludens vsus sit, Imol.in d l si quis cum sciret, nu.3. Morla vbi supra num. 5. quia causa & initium acquisitionis attenditur l.tutor 70. ff.de fideiuss. l.si id quod ff.de donatio.

3 In alio processu inter Ioannem Feo, & Nicolaum de Castillo, scriba Quintal: dubitabatur, an deberetur pecunia lucrata, sub fide præstita, de lucro soluendo, & placuit maiori cum ratione, hoc casu cessare petitionem, ex his quæ doctissimus Ægid. in l. ex hoc iure.c.7. nu 33. & 35. ff. de iustit.& iur. notat Gutierr. de contractib iurat c.53.nu.1. Couar.in reg peccatum 2.p. §.4 num.8.de quo apud Hispanos est lex lata ab inuictissimo Carolo Quinto qua cauetur, ne pecunia etiam in ludo licito amissa, sub fide de lucro præstita exigatur, sicque iudicarunt Senatores sapientissimi.

SVMMARIA.

1 *Substitutio facta duobus non impletur nisi vtroque decedente.*
Duæ conditiones coniunctæ pro vna tantum habentur. ibi.
Interpræt. l.si hæredi ff. de condi. instit.
Interpraetata l. Lucius. §. Caium ff. ad Trebell. ibi.

2 *Conductor non potest mouere quæstionem dominij.*
In domibus in hoc regno datur tacita reconductio licet aliud esset de iure. ibi.
Conductor potest mouere quæstionem dominij si dominus agit rei vindicatione. ibi.

DECISIO LXXXIX.

An ille qui de manu socij partem domus communis conduxit possit mutare causam possessionis, ad Ord.lib.4.tit.54.

QVidam testator domũ reliquit duab' sororibus suis absentibus si viuerent, & insuper si intra sex menses redirent, aliàs d. domum relinquebat Estacio Gonçaluez. Contigit quod altera ex sororibus rediit, & dimidietatem domus accepit, nec de eo d. Estacius dubitauit, & inter eos domus æqualiter possidebatur pro indiuiso, imó & ipsa soror à manu dict. Estacij suam domus partem conduxerat, & mercedem locationis soluebat.

1 Accidit quod à tertio dimidia pars domus euicta est, finito tempore locationis, petit statius à conductrice vt mercedem solueret proportionabiliter, ex parte quæ ipsius erat in domo,

ipsa

ipsa negauit conductionem, asserens se esse in possessione suæ dimidietatis, & quod ad Actorem nulla pars domus spectabat, sororis assertio videbatur adstrui ex tex. in l cum quidam C. de impuber. & alijs subst. ibi, *an alterutro decedente, illico substitutum in eius partem succedere, & placuit Sabino, substitutionem tunc locum habere, cum vterque decesserit*, ex quo patet ex Sabini sententia, Estacium non admittendum, nisi vtroque instituto absente, & non redeunte, quasi altera ex sororibus veniente, defecerit substitutionis conditio, facit l qui duos ff de vulgar. quia etiãsi duæ sint conditiones si coniunctim, tamen scriptæ sunt, pro vna tantum conditione habentur, & ideo impleri debent, insimul vt fiat substitutioni locus, l. si hæredi ff. de conditio instit. ibi, *si hæredi plures conditiones coniunctim datæ sint omnibus parendum est quia vnius loco habentur si disiunctim sint cuilibet*, Grassus §. institutio nu. 4. Gomes variar. resol. tom. 1 cap. 2. nu. 12 Gædeus ad l. 28. §. 1. num 5. ff de verbor signi. Gail de Arest. cap. 4. num 10. Obstant tamen adhuc l. Lutius. §. Caium. ff. ad Trebel. vbi Seia & Titius rogati erant restituere post mortem suam, & altero mortuo statim sua pars defertur substituto, non expectata morte alterius instituti, deinde obstat l. hæredes mei §. cum ita ff. ad Trebell. vbi à filijs institutis fideicommissum relictũ est nepti, vna oratione si vterque sine liberis decessisset, cum tamen vnus relicto filio decessisset, & tamen respõdetur ibi in partem nouissimi filij substitutum admittendum: sed responderi potest, quod in d §. Caium diuersæ & distinctæ erant substitutiones, non vna oratione & sensu compræhensæ, deinde in hoc §. cum ita, Papinianum sensisse, in rigore substitutum non admittendum, sed admitti in illo tex. ex coniecturata mente testatoris, Bart. Alex. & Ripa ibi, Schardus in addit ad Bart sub hoc §. quem citat Neuius in eo tex. Alex. cons 38. vol 1. num 1. & cons 101. vol. 4. Abbas cons. 58. vol. 2. Donelus ad l. penult. C de impub. & alijs substit. vbi etiam citat tex. in l pen ff. de iniust. rup. videndus Cuiat. in l. ex duobus 34. & ad l qui duos 42. ff de vulgari, 2. tom, fol mihi 763. & 764. vbi se refert ad d. l. cum quidam, quã vtrumque casum vel simul moriantur instituti vel suo ordine intelligit, vt semper substituto fiat locus, quod aliter videtur accipiendum in d. l. cum quidã vt supra dixi.

2 Vnde in præsenti licet res efficeretur dubia, ex supradictis iuribus, tamen placuit Actori succurrendum ex alia causa, quia cum Rea ab eius manu domus partem conduxisset, & parte vna euicta in altera parte domus Actor suam adhuc partem retinuisset, non poterat Rea quæstionem dominij mouere, & differe locationis mercedem, ex reg l. conductores C. locati, Ordinat. lib. 4, titul. 54 §. 3. quia licet in domibus non detur tacita reconductio, ex reg. tex: in l. item cum quæritur ff. locati §. qui impleto, tamẽ in hoc regno aliter obseruatur, ex consuetudine teste Gama decis 17. & quamuis cõductor possit quæstionem dominij mouere, illud solum obtinet, quando dominus rei vindicatione agit, Barbos. in l. si alienam numer. 51. non vero quando dominus ad mercedem agit, vel ex remedio d. l. cõductores, Valasc. cons. 42. num. 3. vel aliæ fuit scriba huius processus Gouuea.

SVM-

SVMMARIA.

1 Monasteria ordinis D. nostri Iesu Christi an habeant priuilegium ne soluant decimas.
Priuilegiatus non potest introducere suum priuilegium parte non citata. ibi,
Negatione partis fit res dubia ibi.
Priuilegij interpraetatio fit stricte. ibi.

2 Quando priuilegia concurrunt speciale praeualet.
Priuilegium in dubio censetur datum sine alterius iniuria. ibi.

3 Nulla vis dicitur commissa ab eo qui suo priuilegio vtitur.

4 Monasterium non facit vim vtendo priuilegio si est in possessione illius.
Commendatoris causa tunc bona est cum probet se esse in possessione recipiendi decimas à priuilegiatis. ibi.
Bona variationem accipiunt à possessore. ibi.

5 Reuersa re ad monasterium antiquum ius suscitatur.
In hoc Regno ordinibus seu militijs & equitibus concessum est ne soluant decimas. ibi.
Tenor priuilegiorum Sedis Apostolicae refertur. ibi,

6 Priuilegia militum huius Regni competit illis ac monachis Cisterciensibus.

7 Militia Sancti Iacobi, & S. Benedicti d'Auis, & S. Iacobi est Cisterciensis ordinis.

8 Militiae totius Hispaniae sunt eiusdem substantiae, & gaudent ijsdem priuilegijs.

9 Militiae huius Regni subiectae fuerunt Regno Castellae & quando.

10 Pari priuilegio gaudent milites totius Hispaniae.

11 Cōmunia sunt priuilegia militiarum inter se.

12 Priuilegij interpraetatio quomodo fieri debeat.
S. Pontifex solet talia priuilegia concedere. ibi.

13 Priuilegij verba semper consideranda.
Priuilegium vt sit reale vel personale qui de considerandum.

14 Militibus huius Regni est datum priuilegium personale.

15 Priuilegiū personale conuenit monasterijs & personis militum.
Cōmendatores vere religiosi sunt. ibi.

16 Priuilegia antiqua modernis commendatoribus sunt concessa.

17 Dispositio licet odiosa interpraetatur

tatur latissime intra verborum proprietatem.

18 *Latissima interpraetatio fit quandiu non repugnat mens cõcedentis.*

19 *Dispositio odiosa quando & quomodo restringenda.*

20 *Verba priuilegij quando dirigantur ad bona.*

21 *Priuilegium latissime interpraetatur contra concedentem.*

22 *Priuilegium contra tertium quando operetur.*

23 *Priuilegium vt sit vsu receptum quid requiratur.*

24 *Semel adepta possessione non soluendi nemini fit iniuria,*

25 *Lite pendente tuendus est possessor in sua possessione.*

26 *Priuilegio militiarum an sit derogatum per vsum contrarium.*

Priuilegium non vsu non amittitur. ibi.

28 *Priuilegia vel affirmatiua vel negatiua sunt.*

29 *Prohibitio & repugnantia non quaelibet sufficit vt interrumpatur praescriptio.*

30 *Priuilegium quãdo amittatur vsu contrario.*

31 *Qualis debeat esse vsus contrarius vt derogat priuilegio.*

32 *Renuntiatio priuilegij quando fieri possit.*

Vsus contrarius seu renuntiatio debet esse illius cui priuilegium concessum est.

33 *Priuilegia militiarum nõ debent censeri reuocata eo quod dicatur quod noceant ecclesijs.*

Abbatum & priorum praeiudiciũ contemnendum ibi.

34 *Sententiae latae contra particulares personas an priuilegio noceant.*

35 *Ordinarij sunt suspecti ad determinandas causas decimarum.*

Equites militiarum sunt omnino exempti ab ordinarijs. ibi.

36 *Breuia Apostolica nemo interpraetatur praeter Summum Pontificem.*

37 *Quando liceat inferioribus breuia Apostolica interpraetari.*

38 *Regia dipplomata non derogant militiarum priuilegijs.*

39 *Milites ratione sui priuilegij recte cessare possunt à solutione decimarum sine violentia.*

40 *Non omnis controuersia facit rem dubiam.*

41 *Priuilegium militiarum non debet interpraetari ne decimas soluant milites, sed vt terras liberas possideant ab illo onere.*

42 *Priuilegia non soluendi non sunt reuocata.*

43 *Ordinarij an posint decimas censuris extorquere,*

44 *Milites exempti sunt ab ordinarijs.*

45 *Idem est de iure & consilijs.*

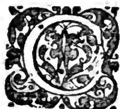
46 *Iniustè praelati vsurpant iurisdictionem in milites.*

Sententiae latae pro militibus referuntur. ibi.

DECI-

DECISIO LXXXXI.

An priuilegiatus ne soluat decimas ex proprijs fundis, vim committat non soluendo à possessionibus de nouo acquisitis, ad Ord.lib.4.tit.58.



Vm D. Ludouicus Coutinho esset in possessione præceptoriæ seu commendæ propriæ, inter fructus ipsius erant decimæ, quæ ex certo casali constituto intra limites ipsius soluebantur ecclesiæ, quod casale cum olim ad monachos ordinis Domini nostri Iesu Christi peruenisset, contra prædecessorem d. præceptoris sententiam reportarunt, qua iudicatum fuit, ne decimas ex illo soluere tenerentur, quia proprijs sumptibus illud excolebant, virtute proprij priuilegij, quo ille Conuentus de Tomar gaudebat: postea illud idem casale à potestate monachorum exiuit, & cum ad manus laicorum non priuilegiatorum deuenisset, ipsi solitas exoluerunt ecclesiæ decimas, per aliquod temporis spatium. Vltimo tandem cum de nouo à dict. Conuentu occuparetur ex nouo titulo, cessauit à solutione decimarum iuxta formam sui priuilegij, præceptor se spoliatum asserebat, à iure decimandi, eo quod etiamsi dict. monachi priuilegium habuissent, non soluendi decimas, tamen adhuc illud non poterant introducere, propria authoritate, non citato nec audito possessore, sicut aliàs à qualibet alia annua præstatione, expelli non posset. sine spolij vitio, ex his quæ Menoch. remed. 1. numer. 89. Gutierr. libr. 2. Cano. cap. 21. num. 147. nemo enim potest esse iudex sui priuilegij, quando negatione partis efficitur dubium ex reg. l. 2. ff. quorum legatorum, vbi proprij legati non permittitur occupatio, Ordinat. libr. 4. titul. 58. ibi, *polo fazer por sua authoridade*, Gama decis. 4. numer. 1. D. Caldas Pereira de extinctione cap 17. num. 20. & seqq. quod maxime hoc casu procedebat, in quo agebatur de priuilegio cuius interpretatio est stricte facienda, ad bona quæ conuentus erant tempore concessionis. & non ad postea acquisita, ex regul. cap. nuper de decim. Gutierr. d. cap. 21. nu. 136. cap. dudum illo titul. Soares de diuino cultu cap. 19. num. 3.

2 Deinde quia hoc casu concurrebant duo priuilegia, alterum commendatoris, quo decimas ratione cōmendæ leuare poterat, alterum dict. conuentus, ne decimas solueret, in quo priuilegiorum, concursu commendatoris est speciale, ad illas decimas certi loci, & ecclesiæ leuandas; monachorum vero generale, & in communi ne decimas soluant, vnde non debebat generale derogare speciali, Bart. in l. si alij num 12. ff. vsufruct legato, quia non tantum operatur generalis concessio, quoad genus, quantū specialis, quoad speciem, idē Bart. in l. 1. n. 2. C quæres pignori quod, maxime procedit, quando intercedit vtroq; casu idem fauor, respectu eiusdem ordinis, quia cōmendatores etiā monachi sunt, Didacus de la Mota

libr. 2. §. 3. fol. 143. numer. 14. de confirmatione ordinis Sanct. Iacob. quare cum maius vel saltem par sit priuilegium perceptoriæ, eius est melior causa quia in dubio debet intelligi concessum, sine alterius iniuria, Bart. in l. impuberi nu 2. ff. de administ tutor. & in l. vacuatis num. 1. C. de decurionibus libr. 10. & semper præfertur ille qui agit de damno vitando, cap. penult. de priuileg. Oldrad. conf. 268. Gutierr dict. cap. 21. num. 129. ex regul. cap 1. §. cæterum de decim.

3 Verum his non obstantibus placuit reuocandam sententiam, eo quod nulla vis censeri debeat commissa, à monachis qui in casu occurrenti suo vtuntur priuilegio, de iure enim monachi à terris suo labore cultis decimas non soluunt, Soares de diuino cultu cap. 19. à princip. probat cap. à nobis de decimis, cap. ex parte 1. illo titul. vbi hortos religiosorum à solutione exemit, & leprosorum in cap. nuper de eccles. ædificand. & monasterio & suis membris idem concedit, in cap. fin. vt lite pend. Rebuff. de decim. quæst. 13 num. 103. Gutierr. d. quæst. 21. num. 26. Couar. cap. 17. à numer. 9. Menchaca 2. illustri. cap. 89. numer. 5. Gutierr in conf. 5. à num. 8. Vnde in nostro casu dum monachis ordinis Domini nostri Iesu Christi hoc priuilegium concessit, magis debet dici renouatum illud quod à iure erat, quam de nouo concessum, Soares de legibus lib. 8. cap. 81. nu. 6.

4 Vnde fit quod sicut commendæ præceptor, est in possessione percipiendi decimas, sic pariter monachi sunt in possessione sui priuilegij, non soluendi de terris suis, quas ipsi excolunt, nec possunt dici vim commisisse dum recusant soluere, quia imò censentur cõtinuasse suam quasi possessionem, quam in actu habent in rebus à se possessis, in habitu ad res postea acquirendas, quibus acquisitis priuilegium reducitur ad actum, l. quamuis ff. de acq. possess. quæ omnia in solo animo geruntur, quandiu corporum possessio non apprehenditur, l. clam possidere §. qui ad nundinas. ff acq. possess l. si id quod §. vlt. eod. titul. Conanus libr. 3 cap. 9. numer. 5. Vaconius lib. 1. declarat. 42. Menoch. 1. recup nu. 8.

Vnde illa possessio quam habet præceptor militiæ, de recipiendis decimis, in hoc casu est imperfecta, & non sufficiens, quia debuit probare se solitum recipere a priuilegiatis, non obstante allegato priuilegio, constat namque hoc priuilegium esse personale, quod mutata persona mutari oportet, prosequitur Bartolus in auth. de non eligend. §. ante nuptiali, citans l. fin. Cod. de inofficios testam. in fine, & l Paulus § 1. ff. acquir. hæred. vnde sicut res illa quandiu penes sæculares extitit, in pristinam obligationem incidit, soluendi decimas, sic pariter reuersa ad monasterium, quasi postliminij iure, ad antiquum priuilegium reducitur, quia personæ priuilegium concessum respectu rerum, eas afficit, & noua forma induit, vt donec in eo statu illa res permaneat, ab omni decima sit immunis, sicut aliàs qui soluebat iugatam si fiat senator, si eam non soluit poterit ne dici contra eum quod sua authoritate suum priuilegium introducit? minime quidem, cum authoritate legis faciat, & non propria, vt in terminis per Cabed. Arest. 17. & 57. bona namque variationem accipiunt à possessore priuilegiato vt in dict. l. Paulus §. 1. l. si à me ff ad l falcid. Barbos. in l. post dotem numer 7. ff solut. matrimon. Gutierr practic libr. 1. quæst. 3 num. 15. & quæst 49. nu. 4. Lasarte de decima cap. 19 num. 44. Azeued. libr. 5. titul. 4. l. 15 num fin. eleganter Surdus conf. 307. num. 7. & 525. à num. 4. & seqq. facit Ordin libr. 2. titul. 57. à princip. optima

optima Ordinat. libr. 2. titul. 1. §. 8. in Clerico successore laici qui suo vtitur priuilegio.

5 Quod sine dubio erat in præsenti casu, in quo constabat, iam super decimandi iure, huius proprietatis monasterium, sententiam reportasse, contra patrem Actoris, ne decimarum solutioni esset obnoxia, quando in potestate monasterij erat, quare reuersa re ad monasterium, pristino iure fruitur, quinimò spoliatum dici posset si in illo statu non conseruaretur, arg. cap querellam de electione, nec obstabunt quæ in initio in contrarium adduximus: nam ad primum satisfit, quod non violenter priuilegij obseruantia introducitur, cum iam antea sit introducta, & priuilegio generali roborata, vsu recepto, in cuius violatione maius daretur spolium, quod nõ solum res tempore impetrationis comprehendit, sed & futuras cap. quia circa de priuileg & in terminis Bait. in l damni. §. si is qui vicinas ff. de damno infecto. in fine: ad secundum & alia quæ in ea oppositione inuoluuntur, respondetur quod de priuilegio concesso ordini dubitare non licet cum de eo sint ampla, & notoria priuilegia quæ libertatem à decimis nõ solum ordini verum & perceptoribus concedunt, etiam de illis rebus de quibus alter ad illa vsque tempora decimas percipisset, vt disponit Martinus II. in breui suo nomine expedito cuius verba sunt, ibi, *Nos vero propagationem & tranquilitatem prædictorum Abbatum, Priorum, Abbatissarum, & etiã conuentuum dicti ordinis, intensis desiderijs affectantes, per Apostolica rescripta mandamus quatenus dictum Abbatem, & omnes, & singulos Abbates, Priores, & Abbatissas, & omnia singula monasteria, & singulas personas dicti ordinis, præsentia & futura, vbicunque pro tempore consistentia, à præstatione decimarum tam de possessionibus ante & post consilium memoratum, quam de cætero habendis, & tam de noualibus siue ante siue post consilium huiusmodi acquisitis, & acquirendis, quæ proprijs sumptibus excolunt, seu excolent, seu aliàs quomodocunque, qualitercunque excolantur, & etiam de illis possessionibus de quibus aliquis hactenus percepit seruetis immunes &c.* Nono Chalendas Octobris Pontifi. nostri anno septimo.

Concessum reperitur aliud priuilegium Cisterciensis ordinis monachis ne decimas soluant à Sixto IIII. in hæc verba: Abbatem Cisterciensem ac omnes, & singulos Abbates, Priores, Abbatissas, nec non omnia & singula monasteria præsentia, & futura, vbi libet existentia, singularesque personas dicti ordinis à præstatione decimarum tam de possessionibus habitis, ante & post Consilium, quam de cætero habendis, etiam de noualibus siue ante siue post consilium huiusmodi acquisitis, & acquirendis, quæ proprijs sumptibus, excolunt, & excolent quam alias quomodolibet, aut qualitercunque excolantur, & etiam de illis possessionibus de quibus aliquis, hactenus percepit, authoritate prædicta de speciali gratia penitus eximimus, & exempta fore perpetuò decernimus. D. Romæ apud Sanctum Petrum anno incarnationis Dominicæ 1481. Pontificatus nostri anno 12.

6 Ex hoc priuilegio concesso Cisterciensi ordini fundato anno 1098. à quoddam Stephano viro religiosissimo, postea austo & reformato à Roberto ex Imperiali sanguine, fauore Otonis Ducis de Borgonha, cuius religionis habitum suscepit D. Bernardus, manifeste colligitur monachos illius ordinis tam respectu communitatum & conuentuum, quam respectu Abbatiarum, & particularium personarum exemptos esse à solutione decimarum ex illis rebus quas suis excolunt expensis.

7 Quod autem militia Sancti Benedicti d'Auis quæ est antiquior totius Hispaniæ, vt refert Eduardus Nunez de Leão in Coronica Regis D. Alphonsi Enriques fol 55 confirmata per Inno III, anno 1204. sit eiusdē ordinis Cisterciensis sicut & ipsa militia Iesu Christi constat quia vtraque sub eadem militat disciplina, vltra Martam de iurisdictio. libr 2 capit 32. num. 14. explicatur in pluribus breuibus, qualis est breuis Pij IIII vbi hæc verba habentur qui & Iesu Christi sub regula Cisterciensis militiæ magnus magister existebat, & in alio breui Innocentij VIII concesso inuictissimo Regi Emanueli, ibi, *Emanueli Ducis Regia administratoris perpetui per Sedem Apostolicam deputati magistratus militia Iesu Christi Cisterciensis ordinis &c.*

8 Vnde infertur quod cum ordines & militiæ Hispaniæ sint eiusdem substantiæ, & regulæ gaudent iisdem priuilegijs, non enim alia reperitur differentia quam locorum vt colligitur ex Bulla Iulij II. in libro gladiorū fol. 62. qui seruatur in tribunali conscientiæ Rgis inuictissimi, vbi omnes causæ quæ in alijs tribunalibus expediuntur, in eo ne Regis conscientia lædi possit re videntur ex ipsius mandato quando id n. gotij qualitas exposcit cui tribunali militiarum gubernatio commissa est & ex alia Bulla in eodem libro fol. 64. & ex altera Bonifacij IX. fol. 68. & Pauli III fol. 70. & Innocentij III. fol 74 & Nicolai IIII fol. 116. & Celestini fol. 116. & Gregorij XIII. fol 118.

9 Constat namque militias D. Iacobi, & Sancti Benedicti d'Auis in hoc Regno subiectas extitisse Regno Castellæ in ipsarum primordijs, altera namque erat filia cōuentus de Veles, altera Calatrauæ, quæ subiectio durauit vsque ad tempora Regis Dionisij quo separatæ sunt virtutæ Bullæ Nicolai IIII. & Celestini III. & Celestini V. & Nicolai V. & ex crescentibus dubijs super ea exemptione, hæc omnia inciderunt in tempora Regis Alphonsi Quinti, quo cum effectu separatæ sunt à Papa Eugenio IIII. constat ex Coronica dicti Regis fol. 73. & 88. Maris in suis dialogis dialog 4. cap 7. fol 166 Eduardus Nunez de Leão in vita Regis Dionisij fol 128 & in vita d. Regis Alphonsi Quinti fol 55 Maris vbi supra vers. Tãobem o nosso Portugal.

10 Vnde non est dubium tam in Hispania quam in hoc Regno omnes militias paribus gaudere priuilegijs Cisterciensis ordinis, & Sanctæ Iustinæ, & Montis Cassini, & alijs relatis in regula illius ordinis d'Auis fol. 1 & constat ex Bulla Gregor XIIII. cuius meminit frater Emanuel Rodriguez 1. tom. regul. q 55 art. 6. & art 17. & ex Bulla Leonis X d libro gladiorum fol. 50. & Clement. VII. vltra regulam Alcantaræ in princip & in § 2. & titul. 1. cap 2. Rota nouissima 2 part decis. 266. quæ omnia priuilegia renouata reperiuntur per eandem Sedem Apostolicam à Pio V & Gregorio XIII. d libro gladiorum fol 18. & 25.

11 Vltra quæ in hoc Regno inter omnes militias datur specialis communicatio inter se, ad omnia priuilegia, alteri earum concessa, vt continetur in breui Iuli II. impetrati à Magistro D. Georgio, ibi priuilegijs indultis cuilibet dictarum militiarum vt præfertur concessis generaliter vterentur potirentur & gauderent, quę omnia priuilegia inter ipsas militias postea communia declarauit Episcopus Lamacensis in hæc verba, *E que esso mesmo vsem dos priuilegios de Alcantara, & Calatraua, & d'Auis, que ate aqui saõ auidos*, quæ etiam extensio ad militiam IESV Christi facta est vt constat ex ipsis actis quæ sunt apud scribam Petrum Leitão.

Vnde

Vnde supponendo quod dicti ordini Cisterciensi tale priuilegium concessum est vt ex ipso patet, & quod equites d. Militiæ Iesu Christi militant sub eadem regula.

12 Restat videre, quomodo hoc priuilegium debeat interpraetari, & dubitari non potest de potestate Sūmi Pontificis, qua solet talia priuilegia sæpe religiosis concedere, vt in cap. ex parte, cap. suggestū de decim, quia insuper concedere potest sæcularibus, priuilegium decimas ab alijs colligendi, ex iusta causa vt explicat Hostiens in summa titulo de decimis nu. 13 l. 23. titul. 20 part. 1. prout videmus concessisse Regi Alphonso XI. Castellæ vt in l. 1. titul. 21. lib. 9. ordinam. refert Lasarte de decim. venditio cap. 19. nu. 36. Palat in rub. §. 37 nu 13. Menchaca illustrium quæstio. c. 89. num. 6. Gutierr. libr. 1. ad leges Regni q. 14. ita vt decimæ fiant ius regale vt dixit Auenda. libr. 2. de exequend. mand c. 14. num. 21. Gregor. Lopez in l 22. tit. 20. part. 1. verbo no los deuen, easdem concessas in Regno Granatensi Regi Ferdinando refert Xuares allegat. 28. Puteus decis. 319. lib. 3.

13 Quo supposito manet dubium circa interpraetationem priuilegij, & vt Clarius demonstretur potest hæc materia in sequentes quæstiones diuidi. Primo an hoc priuilegium non soluendi decimas sit reale vel personale. Secundo an debeat intelligi solū de conuentibus & communitatibus. Tertio si est vsu receptum vel contrario vsu derogatum. Quarto an derogatum censeri debeat ex Regijs prouisionibus à Rege Emanuele & Sebastiano emanatis quibus decidit tale priuilegium militijs non competere. Volui incidenter de hoc agere quia vltraquam quod tangit materiam huius decisionis est res valde controuersa, & ideo libuit in ea paululum insudare.

13 Quoad primum igitur consideranda sunt priuilegij verba argu. cap. porro de priuil. ibi, *ex inspectione priuilegiorum*. Tiraq. in l. si vnquam. verbo libertis num 6 & 7. dubitari namque potest an illud sit reale vel personale, quod quomodo cognoscendum sit explicat gloss. in Clem. 2. de decimis verbo excolendas, Abb. in cap. 1. illo titul. Soares de diuino cultu 1 p. cap. 19. nu. 14. vbi quatuor verborum formulas expendit veluti si dicat de proprijs fundis, vel ex agris quos proprijs sumptibus excolunt, quæ verba in personale priuilegium sonant. Secundo si dirigantur verba ad res ipsas veluti ne soluant nec eorum fundi, & esse reale priuilegium glossa sentit. Tertio si contineant quod eximit religiosos ne soluant de suis prædijs, siue per se, siue per colonos excolant, & hoc priuilegium reale iudicat. Quarto si dicat eximo talē religionem à decimis suorum prædiorum glossa hoc personale vocat Soares reale dicit, de quo late etiā Surdus cons. 825 à n. 22. Barbosa in l quia tale n. 3. & 11. ff. sol. matr.

14 Hoc supposito legenti horū breuium verba, patebit priuilegium personale esse, cōcessum religiosis Cisterciensibus ne soluant de prædijs quæ excolunt suis sumptibus, sufficietque vt qualitercunq; excolant, & comprehendet etiam prædia conducta quia illud denotant illa verba quomodocunq, & qualitercunq;, & ibi proprijs sumptibus, quia hæc omnia sub verborum proprietate veniunt, & latitudine Surd. cōs. 497. quia verba sunt testimonium mentis idem Surd. cōs. 82. n. 33. & cons 106 n. 30. & 179. nu. 62.

15 In secunda quæstione supposito quod priuilegium sit personale an debeat intelligi vt comprehendat non solum conuentus ordinis, sed & particulares personas, & verba ad singulos dirigi constat, ibi & singulas personas, quæ expressio non

debet censeri otiosa sed cum effectu, ex reg.l 1. C.commun de legat c.relatum de cleri. non resid. cap hæc autẽ verba de pæni. distin 1. l. si per alium §.docere ff.ne quis eum l 1. §.hoc autem ff.quod quisque iuris, Surdus cõs. 3.num 25.& 179 num.49. & cons.112. num. 46 Vnde cum illa verba proprie comprehendant quemcunq; religiosum etiamsi extra claustra monasterij degat, eodem modo cõprehendunt Perceptorem seu Commendatorem quemcunque qui vere religiosus est, ex Couar. 2.part. epitome capit.3 §.1. num.18 Nauarr de redditib moni 55. & 56 & in propugnaculo.§.15. & cons. 5.lib.1.de his quæ vi num.6. & de regular. cods.23 .libr.4. & de sponsalib. cons.10.& 13. Auendan cap.26 prætorum nu 11. libr.2. Belluga in specul. cap.1.rubr.7.num.7. Rota decis.256. quia commutatio voti continentiæ in castitatem coniugalem non mutat regulæ substantiam vt per supracitatos. Et omnem dubitationem excludit Bulla Leonis X. vbi declarat, priuilegia ordinis ad singulas personas pertinere. ibi, *Magistri nec non fratres & personæ quæcunque*, & ibi, *earumque magistros priores perceptores fratres ecclesias, & loca & personas, familiares ac vassalos &c.*

16 Quæ verba plane innuunt antiqua ordinis priuilegia modernis commendatoribus seu perceptoribus esse concessa, perceptores enim dicuntur commendatores, ex Corras de sacerdotio 1.part.cap 3.num.2 Barbat. in Clem. causam quæ col. 12. de electione, Rebuff de nominat quæst.15. num. 16. Mandos. de infirmis quæst. 20.num 8.

17 Et succedit regula quod quamuis priuilegium seu quælibet dispositio odiosa debeat restringi. reg. odia, regula quæ à iure de reg. iur. libr.6. cap. 1. de filijs præsbyterorũ, Oldrad. cons.268. Rebuff. de decim. capit.13. nu.114. Couar cap.17.nu 14 Gutierr. lib.2. Cano cap.2. num.129. & cons 5. numer. 15. cap cum capella, cap. sane, cap. in tuis de priuileg. Tamen extra dubium est dispositionem quamlibet odiosam habere latam, & latissimam interpretationem intra verborũ proprietatem cap intelligentia de verbor. signi cap. secundo requiris, vers. inquisitioni de appel. quia sequimur non verba sed mentem concedentis, cap. ad audientiam de decim. ibi, *nam si intelligeremus &c.* cap olim, cap. recipimus, vers. inspicienda, cap. considerabimus 9. de electione, ibi, *contra tenorem priuilegiorum*, & in specie Abb. in d cap ad audientiam num.1. Deci in cap causam quæ. de rescrip. & cons. 113. Marianus Iunior cons.37.num.16. lib.1. Paris cons.22.nu 6. libr.4. Tiraq. in Præfatio.l. si vnquam num 119. C. de reuocand. donatio iuuat l.1. vers. quod autem ff. de aleæ lus. iuxta literam negatiuam, quæ est in pandectis Florentinis, ibi, *quod non puto verum prætor enim simpliciter &c.*

18 Quæ interpretatio sic latissima tolleranda est quandiu mens cõcedentis non offendatur l. filium 16. ff ad Macedoni. iuncta l. iuste 201 ff. de verbor. signi l. si natus 59. iuncta l. libertus ff. de ritu nuptiar. obseruant Ias in l. si constante num. 82. ff solut. matrimon plures vt per Pinel. in l.1. C. de bon matern 2 part n 72. Tiraq. de retract titul.1 § 1 gloss.4 num.101.

19 Nec obstabit quod dispositio odiosa restringenda est quia hoc intelligi debet de restrictione quæ fit intra verborum limites. & mentis cõcedentis in hoc enim dispositio fauorabilis, & odiosa diuersificantur, quia hæc recipit extensionem extra verborum proprietatem ex rationibus extrinsecis l. non possunt ff. de legib. odiosæ vero extensionem habere possunt intra verborum proprietatem ex rationibus intrinsecis. Vnde falsa est illorum

illorum opinio qui sentiunt quod vbi primum priuilegium in aliquo verificatur, etiam minimo hoc sufficit, vt in reliquis debeat restringi. Contraria namque est melior & verior opinio, & comprobatur ex tex. in cap. ad audientiam, cap. quia circa de priuileg. vbi priuilegia de decimis etiamsi iam aliquid operentur in noualibus, adhuc suos producunt effectus quoad decimas antiquas, & quoad de nouo acquirendas. in quibus ex mente & verbis fit latissima interpraetatio, nec aduersatur cap. in his de priuileg in fine ibi, *vt aliquid &c* quia ille textus solū probat quod semper priuilegium debet aliquid operari contra ius, non autem quod vbi primū aliquid operaretur in alijs deberet restringi quādo & verba & mens concedentis non repugnauerit ex reg. cap. cum tibi, cap pen de verbor. signi.

Vnde cum verba huius priuilegij loquantur de personis singularibus, & de perceptoribus, iam illorum verborum proprietas ostendit quod perceptores quatenus tales etiā si in saeculo degant, gaudent eodem priuilegio non soluendi de bonis quae suis sumptibus excolunt, nec potest dici priuiuilegium fore limitandum ad bona habita ante Consilium Lateranense, iuxta cap. nuper de decim: quia breuia Apostolica specialiter agunt de bonis ante & post consilium acquisitis.

20 Nec pariter obstabit quod verba priuilegij videntur dirigi ad bona cōuentuum & religionum, quare non debent extendi ad patrimonialia, adinstar priuilegij clericalis quod ad patrimonialia non extenditur Couar. lib. 1. variar. cap. 4 num. 3. Bobadilha lib. 1. cap. 18 num 260. Gutierres lib. 4. practicar cap 38 num 17. Satisfit namque quod verba priuilegij non ad bona ipsa diriguntur sed ad personas in his quae suis sumptibus excolunt, quae verba sic comprehendunt bona ecclesiarum ac patrimonialia sicut etiā conducta & non propria cum & haec proprijs sumptibus coli possint.

21 Nec pariter obstabit quod supradicta recte obtinebunt dum priuilegium interpraetamur contra concedentem quia tunc & verba & mentem consideramus. Surdus conf. 140. nu 73 de quo est tex. in l. si quando C. de bonis vacantibus lib. 10 cap. ex parte 1. de verborum signi Innocenti ex cap. cum dilecti de donatio. Marsil. singul. 483. Gramat. decis. 49. num. 55. Bertrandus conf. 7. nu. 2. vol 3. & conf. 38. num. 3. vol. 7 & est doctrina Abbat. in d cap olim de verborum signi. cap. cum olim, vbi doctores de consuetudin. Idem Abb. in cap. quia circa de priuil Glos. loquens in statuto in l. fin. §. in computatione C de iure de liber. Gutierres lib. 2. Canonico quaest. 21. num. 121.

Verum contra priores & alios qui sunt in possessione decimandi non potest tale priuilegium extendi, ne illis soluatur de rebus de nouo acquisitis, de quo est tex. in cap. pen. de priuileg. Oldrad conf. 268. Felin. in cap. causam quae de rescrip. num. 11. Cotta verbo priuilegia in vltim. memorab.

22 Quia vltra responsionem Abbatis in cap dudum de priuileg & Decij conf 113. num 7. & aliam Gutiert. vbi supra numer. 129 respondetur, quod priuilegium etiam contra operatur, quando clare disponit cum tettij praeiudicio, nam licet suprapōsita in contrarium procedant quando sumus in dubio, cessant tamen quando verba non sunt dubia, nec deficiat potestas in concedente, patet ex illis verbis, ibi, *& etiam de illis possessionibus de quibus aliquis hactenus percepit*, quae verba diriguntur in tertios qui erant in possessione recipiendi quibus S. Pontifex, & praeiudicare voluit & potuit, nec

potest dici ignorasse ea quæ exprimit Oldrad d. consf.168. Felin.in cap. causam quæ num. 11 de rescrip. latissime Ruin.conf 88.num.6. lib.4 .Menoch. conf. 36.num. 36.lib.1.& quamuis hi doctores contrariam sequerentur loquebantur tamen quando priuilegiũ erat generale in quo cadebat dubitatio de mente statuentis, & adhuc in illis terminis nostram sequtus est Socin.conf.297. num.6.lib.2. idem Decius conf 113 vers. tenore nu .3. Crottus conf.94 num.15. lib 1.& fuisse iudicatum in Rotta Cassador. decis. 1. num.1.ad fin de priuil.

Verum quando specialiter priuilegio sic cauetur nec Oldradus nec alij dubitarunt, cum dubitare non liceat de potestate Papæ in hac concessione cum hæ decimæ respectu quottæ sint de iure humano quod Papæ subest vt in cap.à nobis vbi Glos. verbo exemptus de decim. Decius in cap.cum ordinem num 1 de rescrip. Couar. lib.1. resolut.c.17.num.9.

23 Tertia est quæstio an hoc priuilegium fuerit vsu receptum, & an sublatum per non vsum, vel contrario vsu Et quoad primum extra dubitationis aleam est omne priuilegium indigere vt recipiatur vsu, cap. vlt. de consuetudine lib.6. cap.1.de treuga & pace, vbi late Panormi. Ias. in l. rem non nouam.C de iudic.Henriques in tractat de Synodo 3 part. cap.2.nu.50. & 63. idem Panorm. in cap.cum olim de cleri. coniugat. & per Soares de legibus libr.4 cap.16. num.1. Menoch. lib.2.præsumpt 2. nu.1. Quod autem hoc priuilegium fuisset vsu receptum colligitur, quia constat á Magno Magistro fuisse impetratum & seruatum, & virtute illius equites se abstinuisse á soluendis decimis,& Prælatos se opposuisse, & hodie dicitur causa pendere in Romana Curia, quæ contradictio non efficit priuilegium vsu nõ receptum esse, imó ostendit contrarium vltra quam quod reperiuntur talia priuilegia transcripta, in libris in quibus ordinum & militiarum priuilegia describuntur, & in Archiuijs publicis recõdita quę omnia arguunt ipsorum obseruantiam.

24 Vnde fit quod adepta sic possione non soluendi ex parte equitum non possunt Prelati conqueri quod ipsi decimas non soluant cum illud efficiant continuando suorum prædecessorum ius,& statum, qui nõ mutatur ex successorum persona l.2.§ ex his ff.de verbor.obligat. cum idem sit ordo qui in principio extitit, l. cum proponebatur ff.de iudic. & pendente lite idem status, & succedendi seu prouidendi modus continuatur cap.1. & 2.vt lite pend lib.6. quę iura licet prohibeant pendẽte appellatione aliũ substitui, tamen intelliguntur quia litigans non erat in possessione illius iuris præsentandi, seu eligendi, si enim de aliqua quasi possessione constaret, in ea conseruari debuisset, quoties contigisset vacare ex regula cap. consultationibus de iure patron. pendente namque lite vtitur possessor sua quasi possessione d cap 1. l certum C.de rei vindicat. nec aliud probat d. cap.2.vt lit pend lib 6. quia in eo tex. quamuis monasterium esset in quasi possossione eligendi, tamen adhuc nõ fuerat eius electio confirmata, quo dato ex tali præsentatione certum est non quari quasi possessionem cum non sortita fuisset effectum, ex Couar. in regul.possessor.2.p in princ. quia si suum effectum assequeretur semper posidens esset tuendus etiamsi lis super proprietate penderet Lamberti de iur. patron libr.2. 1. part. quest 3. prin art.4.num.3.fundamenta autem contraria quæ in eo textu ponderat Abb nu.21.ex mala fide orta ex litis pendentia, ex lege sed si lege § si ante ff.de petit hæredit. & ex restitutione fructuum facienda de qua in dict. l. certum,

certum, diluit Couar. de sponsalib. 2. part cap. 8. §. 1. num. 5.

25 Dato autem quod nulla lis pendeat in Rotta, adhuc iustissime equites ratione sui priuilegij, petunt illius obseruantiam, cum nihil appareat quo immutatum seu derrogatũ censeri possit, nec derogatio cum sit mutatio in dubio præsumenda sit.

26 An derogatum sit per non vsum indubitati iuris est priuilegium non vsu amitti posse, quia ex tali non vsu inducitur quædam tacita renunciatio eiusdem priuilegij l. 1. ff. de nundin. Doctores in cap. cum accessissent de constitutio. Bart & alij in l. falso C. de diuers rescrip. Soares de legibus lib. 8. cap. 34. numer. 2. & cap. 29. per tot. Arguit namque non vsus renunciationem Padilla in d. l. falso, Bellug in specul. rub. 47. §. sciendum nu. 5. Capi. decis. 134. Tapia in l. fin. ff. de constit. princi. cap. 1. nu. 5.

28 Tamen est aduertendum quod priuilegia vel sunt affirmatiua, vel negatiua, vt distinguit l. 42. tit. 18 part. 3. vnde hęc renuntiatio per non vsum solum habet locum in priuilegio affirmatiuo quia hoc solũ extinguitur nõ vsu, Soares vbi supra d. cap. 34. num. 34. In negatiuis vero non sufficit non vsus (quale hoc est de quo agim') quod consistit in nõ soluẽdo decimas, quod vt non vsu derogatum censeatur, oportet vt intercesserit prohibitio, & post illam tempus efluxisset necessarium ad prescribendum contra priuilegium glos in l. 1. Codic. de seruit. Padil. ibi num. duodecim. Molin. Theolog. tractat. 2. disput. 70. fol. 431. vers quod idẽ Suares alleg. 26. ad fin. Mascard. conclus 1215.

29 Nec obstabit si quis dixerit quod in nostro casu constat Prælatos cõtradixisse, & ab illa prohibitione tempus sufficiẽs efluxisse vt derogatũ censeri debeat, quia satisfit quod non omnis sufficit prohibitio, quia debet fieri illis personis quibus priuilegium concessum fuit, ratio est quia cum in hoc inducatur tacita renũtiatio, hæc nunquam potest præsumi nisi facta ab eo qui expresse tali priuilegio renuntiare potest, vnde cum priuilegium de non soluendis decimis fuisset concessum ordini seu Militiæ eiusque Magno magistro, non sufficit quod fiat prohibitio equitibus particularibus, nisi fiat ipsi magistro, & ordini in communi, cui concessum est, priuilegia namque ordinis nec tacite nec exprèsse possunt remitti à particularibus personis, seu equitibus aut commendatoribus, ex reg cap si diligenti de foro comp. cap significasti eod titul. Quare lites aliter motæ non possunt nocere ordini in communi, Tapia d. l. fin cap. 2. num 5. Soares d. cap. 35. num 5. nec eorum taciturnitas per longum tempus sufficeret, nisi ex cursu cẽtum annorum quo spatio contra militiarum bona præscribitur, ex indultis d. ordini concessis,

An ex vsu contrario debeat censeri priuilegium reuocatum.

30 Dubitari nequit, quod vsu contrario priuilegia tolli possunt, ex Glos. in cap. ex ore de his quæ fiunt à maiori parte, verbo renuntiasse, gloss. in in cap. vlt. de vita & honestate, verbo cum facto, cap. cum accessissent de constitutio. cap. si de terra, cap. accedentibus de priuil Bart. in l. fin. ff. de constit princip. vbi Tapia 2. part. cap. 2. citata l. 2. C. de iure domin. impetrand.

31 Verum qualis hic vsus esse debeat est summẽ notandum quia non omnes actiones contrariæ priuilegio pertinent ad contrarium ipsius vsum, is namque tunc datur cúm ipsi priuilegiati

legiati dicto contrario vsui acquiescunt, sibique volunt præiudicare, ponit Tapia exemplum in d.l.fin. num 9 in duobus socijs, in quo contrarius vsus vnius ex socijs, sibi non vero socio præiudicat, vnde contrarius vsus tunc datur quando ille exercetur cum priuilegiatis in actibus qui concernunt obseruantiam priuilegij in actu practico. Hos autem priuilegiatos sic accipere debemus vt non sint particulares, sed ipsi quibus principaliter priuilegium concessum est prout magnus magister, conuentuumque Prælati & generalis ordinum procurator. Si namque in contrario vsu solum cōsiderentur actus particularium personarum, ex his actibus, priuilegium nō amittitur in totum, nec ad actus futuros, sed pro illa vice, consideratur namque in quolibet priuilegio, vtilitas ipsiusque possessio, & eiusdem priuilegij proprietas, vnde quando priuilegiati patiuntur actus contrarios suo priuilegio, soli possessioni ipsius renuntiant quoad illos actus, verum in futurum tali priuilegio negatiuo vti non prohibentur, gloss. in cap gratum de officio de legat. vbi multa iura citat probat l. vlt ff de priuil. veteran. l 2. ff. ad municipal. Soares d c 35. n. 9. & probat l. voluntariæ. C. de excus. tutor. ibi, *voluntariæ tutellæ munera priuilegijs nihil derogant*, *idest quoad munera futura non voluntaria*, exponit ibi gloss. Soares vbi supra nu. 14 Gregor. d. l. 42. titul. 18. part. 3. Alex. cons 33. Bart. in d. l. voluntariæ, & d. l. vlt. ff. de constit. princip. nec aliud probant d. cap cum accessissent, ibi, *nisi canonici contrauenirent aliquem eligendo*, vbi videtur quod ex vnico actu contrario, priuilegium infringitur eligendi, quia ibi priuilegium concessum erat ad vnicum actū non vero ad plures, & vnus actus contrarius totum priuilegium violauit quia tractum non habebat successiuum, Tapia d. cap. 2. in princ. Soares vbi supra, & eodem modo procedit tex. in l. fin. ff de priuil. veteran dum decidit quod debet cogi munera subire ille qui passus est, contra suum priuilegium semel eligi, quia respondetur quod procedit respectu illorū actiuum in quibus consensit, & non ad futuros vt per Soares vbi supra nu. 18.

23 Deinde procedit in eo qui dominus est sui priuilegij cui vel tacite, vel expresse renuntiauit in illo actu, vel in omnibus, sed non procedit in inferiori qui priuilegium quod habet suum non est, sed alterius superioris, cui ipse subest, vel ordinis, cuius ipse est membrum vel subditus, his namq; casibus non potest ille suo priuilegio renuntiare, vt ordini vel superiori præiudicet, ex reg l pen. C de pact. l non dubium C de legib. cum potius in suis priuilegijs possit magnus magister equites inuitos detinere Barbosa in l. 1. ff de iudic art. 3. num. 148. de quo est Ord lib. 2. titul 1 § 14.

Ex quibus liquet quod ille vsus contrarius, non est talis vsus qualis esse debet, vt ordini præiudicet nec obstabit si quis dixerit quod cū triginta annorū cursu sufficiunt vt dicatur priuilegium extinctum, cap. si de terra de priuil. cap. accedentibus eod. Deci. cons 638. Soares d. lib. 1. cap. 20 num 3. Respondetur namque quod priuilegia Cisterciensis ordinis, non derogantur minori spatio quam 100. annorum, quia appellatione bonorum veniunt priuilegia, & alia iura in corporalia, l. l interdum, & ibi Alciat ff de verbor. signific. l. possessiones, & ibi gloss. C. de probatio. & pro his in corporalibus dari interdictum vtile, Menoch. de recuper. remed 15. num. 47. & remed 1. num. 444. insuper vsus contrarius elicitus á Prælatis censuris non præiudicat quia violentus Menoch. libr. 6. præsumpt. 41. num. 14. Alderete 2. p. cap. 3.

33 Nec insuper obstabit si quis dixerit,

dixerit, quod hæc priuilegia debent censeri reuocata ex qualicunque vsu contrario cum sint nociua ecclesijs, ex regula cap. suggestum de decim. quia respondetur quod, hæ rationes obtinere poterunt vt Summus Pontifex priuilegiorũ author illis deroget, non vero sufficere vt ante ipsorum reuocationem abrogata censeri debeant, Rota diuersorum decis. 83 nu. 7. Tiraq. cessante causa in princ. num. 220. Doctor Ioseph. Alderete de exemptione regul. cap. 8 in fine 3. part. Vltra quod ex parte militiarum ponderari possunt plures rationes quibus illorum priuilegiorum vsus obseruari debet, cum constet fuisse concessa in remunerationem laboris, & pro sanguine effuso in obsequium fidei & Sedis Apostolicæ, quæ priuilegia irreuocabilia sunt, vt resoluit in simili Cabedus decis. 86 num. 5. & decis 94. 2. part. Azeued l. 14. lib. 1. titul. 3. num. 44.

Quod si dixerimus cum doctissimo Soares aduersus Angliæ errores lib. 4. cap. 34. num. 23. quod hoc priuilegiũ licet remuneratorium adhuc reuocationi subest, tamen illud procedit quando ipse S. Pontifex specialiter derogasset, de quousque modo nõ constat quinimò constat id iam sæpius supplicatum & tamen obtentum non fuisse.

Nec Abbatum & priorum præiuditium potest in contrarium mouere cum videamus milites semper in expeditione belli esse pro defensione Reip. & ecclesiarũ, & quottannis obuiã exire fidei inimicis maritima infestantes ora, quæ ratio sufficit vt hæc priuilegia fauorabilia iudicẽtur, Rota diuersorum 1. part. decis. 454. num. 12. Alderete de exemptione cap. 6. num. 13.

An obstent sententiæ contra equites aliquando latæ.

34 Contrariæ factionis authores sententias in contrarium latas offerunt, quibus contra aliquos milites iudicatum fuit vt decimas soluerent, verum hoc nulla responsione indigebat, cum vt supra diximus particularium equitum causæ nullum ordini præiudicium generare possint, quia solum latæ contra magnum Magistrũ & ordinem in communi, particularibus nocere possunt non è conuerso, in simili Ripa in l. filiusfamilias § diui ff. de legat 1. num. 60. Crotus num. 38. Loazes num. 128 Ias lectur 1. num. 47. & alij quos citat Tiraq de primogen. quæst 35. num. 17. Gomes l. 40. Taur. num 73. Pinel. in l 1. 3. part. C. de bon. matern à nu. 48 Molin. lib. 4. c. 8 n 6. Peregrin. cons. 53. num. 25 Barbosa in l diuortio § vlt num. 24 Valasc. de iur. emphyt quæst. 10. num. 3 & 4 eleganter Cuiatius in l iudicata 29 § si debitor ff. de exceptio. rei iudic. Doct. communiter in l sæpe ff de re iudicata, etsi sententijs pugnandum est plures latæ proponuntur in fauorem Militiarum, non solum in tribunalibus Regijs sed in iudicio legati huius regni quarum tenorem ad calcem huius decisionis inseremus? Quæ maiorem fidem faciunt quia latæ in iudicio ecclesiastico, & cõpetente Clem despendiosam de iudic. cap. literas de iuram. calum. cap. vlt. de rerum permut cap. tua de decimis, Gail lib. 1. obseruat. 38. num. 1

35 Nec sententiæ contrariæ latæ in iudicio ordinariorũ quidquã prosunt quia ipsi notoriè sunt suspecti ad causam, cum vtilitatem prætendant ex non obseruantia horum priuilegiorũ, & succedit

& succedit regula l. omnibus C. de testib. cap. 1. 4. quæst. 4. quod si quis replicauerit quod Episcopis de iure concessum est, tanquam supremis Principibus vt de proprijs causis cognoscere valeant, Gloss. in capit. cum venissent, verbo causa suæ ecclesiæ, de iudic. Bart. in l est receptum ff. de iurisd omni iudic. tamen hoc fallit quando quæstio mouetur cum eo qui Episcopi subditus non est, ex Ruino cons 37. num. 2. lib. 1. Alex. in d. l. est receptum num. 3. Hostiens. & Ioann. Andreas, in cap. nouit de iudic. Alciat. præsumpt. 8 reg 3. nu. 10 Surdus cons. 47. nu. 14 & adhuc inter suos subditos non posse cognoscere de causa ex qua commodū sperat dixit Antoni. Abb. & Deci. in d cap cum venissent, idem Decius in cap. postremo de appel. nu. 9. videndus Capi. decis. 137. à num. 1. Maranta 6. p. 2. attic. de appel. num. 51. Grassis decis. 93. aliás 4. de exceptio. Alderete 3. part. cap. 7. nu. 4. Cumque equites sint omnino exempti á iurisdictione ordinaria, & ex vi breuium Apostolicorum, extra dubium manet non posse ordinarium de causis decimarum suæ ecclesiæ cognoscere nec contra supradicta pugnat tex. in cap. 1. § diocæsano de decim. lib. 6. ibi, *de ipsis religiosis, super decimas quas habent &c.* vbi videtur ostendere quod etiam priuilegiati respondere tenentur coram Episcopo super decimis. quia satisfit quod ille tex non loquitur de religiosis exemptis à iurisdictione ordinaria, quia in illo eodem textu, fatetur Pōtifex quod de illis nō poterit Episcopus cognoscere, ibi, *nisi de rebus exemptis agatur, &c.* & valet argumentum de rebus ad personas, vnde cum militiæ earumque priuilegia suum priuatiuū iudicem habeant à Sede Apostolica concessum ad illum eundem iudicem spectat talis cognitio, cum maior sit ordinario cap. sane 11. de officio de legat. cap. 2. eod. titul. cap. cum contingat de rescriptis, Menoch cons. 93. nu. 8. & 6. & 7. Mandos. de signatura gratiæ titul. de conseruatoria, & ipsius est cognoscere an sua sit iurisdictio, l. si quis ex aliena ff. de iudic. nec aliud probat cap. cum persona de priuil. lib. 6. quia solum procedit in exhibitione priuilegij quod debet insinuari coram ordinario, vt de facto cōstet, non autem vt de viribus ipsius cognoscat, quia tūc debet illud remittere, ad concedentem, vt dixit Anton. de butrio in cap. super literis de rescriptis, quem citat Domini in d. c. cum persona num. 2 § si autem, & fuit Innocentij in cap. venerabili num. 4. de censibus, vbi idem Butrius num. 10 Felin. in d. cap. super literis num. 24.

36 Deinde dictæ sententiæ laborant alia millitate quia latæ sunt super interpræratione breuium Apostolicorum quę nullus ordinarius interpræturi potest, quia reseruatur interpræratio S. Pontifici, Glos. & omnes in d. c. cum venisset de iudic. Glos. verbo interpræratus in c. 1. de postul. prælatorum, Glos. verbo æstimare, in cap. ordinarij, vers si vero de officio, Ord lib. 6. Palatius in repet. cap. notab. 2. nu. 49. Syluester vbi interpræratio quæst. 2. & verbo iudex 2. num. vlt. Rota nouissima ad Seraphin. 2 part. decis. 83. Henriq. 1. part summæ lib. 7. de indulgentijs c. 29. num. 3.

37 Et quamuis aliqui doctores, senserint quod inferior potest cognoscere de interpræratione indulti Apostolici quando incidenter de eo cognoscitur, quando non versatur cognitio circa potestatem principis concedentis, vt dixit Bald in l si qui C de appel. Abb num. 3. Decius 4. Butrius 13. in d cap. cum venissent, & alij vt per Henriques d. cap. 29. num. 4. pro quibus est cap. 1. de postulat. prælatorū l. ex facto 42. ff. ad Trebel. ibi, *voluntatem principis inspicientibus &c.* Tamen omnes cōueniunt quod quādo agitur prin-

principaliter de interpretatione priuilegij, & intentionis concedentis, & dubiũ est graue quod his casibus, quãuis incidenter cognoscatur, & nullũ causa inuoluat præiudicium Sedis Apostolicæ, tamen adhuc cognitio ad ipsam Sedem spectat, quando cum facilitate potest obtineri declaratio, ex Abbate in d.c.1. de iuram. calumniæ notab 1. per tex. ibi, & in d cap. cum venissent, notab. 3. vbi dicit esse cõmunem Deci. n.4. vers. similiter, & deducitur ex l.1. & 2. C. de relatio. cũ traditis per Deci. in c.1. lectur.1. de constitutio. sic intelligi potest d.l. ex facto, vers respondi l. ne ratius 151. ff. de reg iur. c suggestum iunct. gl. vlt. de decim. glos. 1. in fine in reg. decet de reg. iur. lib 6. quam dicit receptã cõmuniter Rotta vbi sup n.8.

Vnde cum in præsenti actum sit de interpretando priuilegio Apostolico, & dubium sit valde graue ordinariorũ sententias sequitur aperta nullitas, ex reg. ea quæ fiunt de regul. iur. lib. 6. cap. at si clerici de iudic. ibi, *á non suo iudice*, d.c. cum venissent ibi nollumus.

An obstent Regia dipplomata quibus Rex sanxit quod Ordinarijs obseruetur possessio recipiendi decimas.

38 Insudant ex parte contraria, hanc causam iam à nostro Principe esse decisam dum per Regia dipplomata iussit quod Prælati in sua quasi possessione recipiendi decimas tuerentur à Præsidibus, & Regijs magistratibus, quæ quidem prouisiones si benè attendimus, solum diriguntur ad possessionẽ, seu quasi in qua Prælati sunt ne ab ea deturbentur nõ auditi, quod quidẽ supponit quod Prælati conquærebantur se spoliari ab illis à quibus erant in possessione recipiendi: verum non tollunt quod ille qui nunquam soluit postquã miles effectus est, possit à solutione decimarum cessare, quod si vltra hunc intelligendi modũ interpretandę sunt, vt absolute determinẽt equitibus, seu militibus ius nõ soluẽdi nõ cõpetere, notoria laborãt nullitate, cũ ad Principem sæcularẽ nullo modo possit spectare huius dubij decisio, cũ nec ad ecclesiasticos Prælatos attento iure spectare possit vt supra probauimus, sicque eodem claudicant pede sententiæ allatæ in contrarium altera Leonardi Tasca, & altera Pauli da Sylua, quia vltra deffectũ iurisdictionis ad interpretenda priuilegia Sedis Apostolicæ, tales sententiæ latæ fuerũt contra particulares personas, sine vlla Magni Magistri interuentione, & Prę latorum ordinum quos principaliter causa tangebat. Insuper sentẽtia Pauli de Sylua, pro militibus loquitur quia solũ decidit quod milites nõ retineant decimas quas percipiunt ex bonis patrimonialibus, quã retentionem permittit in decimis bonorũ ecclesiarum vel cõmunitatum, agnoscit ergo priuilegium esse in suo robore quoad decimas bonorũ cõmendarum seu perceptoriarũ ex bonis quæ milites proprijs expensis excolunt, & in fauorem militiarum, & militũ plures sentẽtiæ latæ sunt quarũ tenorẽ in fin. trãscribemus.

39 Ex quibus omnibus sic resolutis duæ suboriuntur quæstiones à superioribus dependentes. Prima est, an equites seu milites virtute sui priuilegij possint cessare à decimarũ solutione, sine violentia licet antequã essent milites soluissent. Secunda, an à talib9 militibus possint Prælati decimas censuris extorquere, & an ad suum iudicem eo casu declinare possint.

Et quoad primũ si attendimus ad ius commune non sine dubio est an eques deauratus vim cõmittat nõ soluendo decimas, quas ad hæc vsq; tempore soluit, quia priuilegiũ nõ soluẽdi restringendum est, vt non comprehendat eos rectores qui in possessione sunt recipiendi tales decimas, vt non auditi priuentur tali emolumento, ex reg. cap. dudum de priuil. cap. 2. in

princ. de decim. lib. 6. ibi, *quas tempore illo quo impetratum est hoc indultum alij possidebant*, facit cap. ex parte de decim. in terminis Oldrad. consl. 268. cui subscribit Felin. in cap. causam quæ nu. 11. de rescrip. Cotta in memorabilibus vbi priuilegia latissime Ruin. consl. 88. nu. 6. lib. 4. Menoc. consl. 36. n. 36. lib. 1.

Sed his non obstantibus verius est quod concesso hoc priuilegio ordini & militiæ ad suos milites ne decimas soluant ex terris quas proprijs expensis excolunt, nullam violentiam committit qui suscepto militiæ habitu soluere recusat, quia non obstat contraria possessio rectoris quia hæc consideratur respectu non priuilegiatorum, & vt fieret violentia oportebat probare rectorem se esse in possessione recipiendi à militibus vnde si à me non priuiligiato recepit non potest, à me postea priuilegiato ex ea causa decimas exposcere quia bona à persona priuilegiata mutationem recipiunt, ex reg. l. Paulus ff. de acq. hæred. cap. 1. de iur patro. lib. 6. Castrensi aque eam naturã ammittunt mutato possessore l si à me ff ad l falcid Barbos. in l. post dotem n. 78. ff. solut. matrim. Gutierr. pract. lib. 1. q. 3. n. 25. & Cano. q. 49 nu. 4. Lasarte de decima vendi. c. 19 n 44. Azeued. lib 5. tit 4. l. 15. n. fin. sicut alias senatores qui antea soluebant iugatæ tributũ, post adeptam senatoriam dig ditatem fiunt immunes, nõ enim vim cõmisisse dici potest qui authoritate legis non soluit, l. iuste possidet ff de regul. iur. cum illa cessatio nõ sit violenta sed iusta, quæ sicut iusta erit virtute sententiæ, seu legis sic pariter est iusta virtute priuilegij quod priuata lex dicitur.

Facit quia sicut ordinarius vel rector est in possessione leuandi decimas à patrochianis, sic pariter militia est in possessione sui priuilegij ne eius milites soluant.

Nec obstabit si quis dixerit quod supradicta procedere possunt respectu priuilegii pacifici, & sine controuersia non vero in hoc casu in quo Prælati repugnãt, in quo nõ possunt partes sua authoritate illud introducere cũ negatio partis faciat rem dubiam vt supra diximus Dum namq; priuilegiatus, suum priuilegium exequitur sibi ius dicit iure prohibente ne quis in sua causa ius sibi dicat l. 1. C. ne quis in sua causa, Ord lib 3 tit. 43 sicut alias legatarius nõ nisi de manu hæredis legatũ capere potest, l. 2 ff quorũ legatorum, Ord. lib 4 titul. 58 ibi, *polo fazer por sua autoridade*, Gama decisl. 4. nu. 1. sufficit namque priuilegium habere contradictionem ne exequi possit ad exemplũ sententiæ impeditæ quæ exequi non potest, sicut alias dominus directus qui occupare potest possessionem emphyteusis vacantis consolidato vtroq; dominio, ex Tiraq le mort declarat 1. n. 4. Valasq. 18. n. 80. Caldas Pereira de renouatione q. 18. n. 20. Si tamen emphyteuta negat consolidationẽ remq; efficit dubiam, nõ potest dominus illũ expellere Gama d decisl. 4. & decisl 333. Ord. lib. 4. titul. 92. §. 2. Caldas Pereira de extinctione c. 17. nu. 21.

Satisfit namq; quod nõ omnis controuersia facit rem dubiã, nisi illa quæ non est affectata, l domitius labeo ff de testam. Dec. in c. pastoralis n. 5. de rescrip. vltra quod hæc negatio partis debet fieri in iudicio cõpetenti, Surd. consl. 142. n. 29. & consl. 188. n 16 & cõsl. 151. nu. 30. Dubia namq; quæ Prælati mouent ex ipsa inspectione cessãt, quia ex priuilegio cõstat Papam cõcessisse exemptionẽ á solutione decimarũ ex his quæ proprijs sumptibus excolantur, & est regula quod priuilegiũ operatur cum tertij præiudicio quando constat principem ita sensisse, quod constat quia ipsi non erat ignotum quod decimæ parrochis debebantur, á quibus tamen milites eximit, nulla ergo in eo surreptio considerari potest,

potest, gloss. in cap. cum olim, verbo cassari de priuil. vbi Panor. num. 6. resoluit Socin. cons. 297 nu. 5 lib. 2. Dec. cons. 113. n. 4. Crotus cons. 94 n. 15. lib. 1. & quamuis decimarum concesiones debeant strictè interpraetari non sic in nostro casu quia fauorabili in remunerationem seruitiorum, vt in priuilegio generali dixit Angel. in l. vlt nu. 13. ff. de constit princi. Deci. in c causam quæ nu. 6 de rescrip. & colligitur ex his quæ Imol. in l. damni § si is qui ff de damno infect. Ias. cons. 170. ad fin. lib. 2. Natta cons. 340. n 3. lib 2. cap. ex parte 3. vbi Panor. n. 3. de decim.

41 Et est notandum quod quando Papa eximit militiam à solutione decimarum de terris à militibus elaboratis proprijs expensis, non debet dici quod concedit priuilegium ne decimas soluant, sed imò potius quod concedit quod integros fructus ex suis terris percipiant, sine vllo decimandi onere, vt resoluit Couar. lib. 1. resol. c. 17 num 17. in quo prædia naturalem libertatem assequuntur quæ libertas à laicis quæri potest etiam præscriptione, ex Nauar. cons. 2 ad fin. de decim. Menchaca illustrium c 89. n 10 idem respectu quottæ operatur consuetudo, Nauar. in manuali cap. 21. nu 30. ex eo fit quod his casibus si Prælati maiores solitis decimas exposcant, iudex Regiæ coronæ grauatis opitulatur, Couar. d cap. 17. num. 8 & 9. & practicar. cap. 35. num. 2. Barbosa in l. Titia á nu. 47. ff. solut. matrimon. quia potest acquiri præscriptione quod à superiore potest priuilegio concedi, cap. super quibusdam de verborum, quod nõ est ita è conuersò, quia multa priuilegio dari possunt quæ non acquiruntur præscriptione.

Et vt cesset scrupulus ex eodem priuilegio constat quod concessum fuit etiam de illis decimis quæ ab alijs possessæ erant, ibi, *de illis possessionibus de quibus aliquis percepit &c.*

42 Nec obstabit quod priuilegia non soluendi decimas, sunt reuocata per ius commune quia cum illud priuilegium concessum esset omnibus religiosis, cap de decimis 16. quæst. 1. per Paschalem II. anno 1100. quem sequtum fuit Concilium Maguncienfe, vt in cap. quæsti illo titul refert gloss. in cap. ex parte de decim. Cumque succederet Gelazius I I. anno 1118 qui templariorum ordinẽ instituit, & post illum Adrianus III anno 1154. qui cum videret illud priuilegium esse ecclesijs nociuum sanxit quod omnes religiosi decimas soluerent, nisi de noualibus, exceptis Cistercienses ordinis religiosis quod renouauit Alex III. electus anno 1156. in cap. ex parte, & in cap suggestum de decim. quousque Innocentius III. qui vixit anno 1199. sub quo celebratum fuit Concilium Lateranense anno 1215. qui sanxit vt etiam religiosi Cistercienses soluerent ex acquisitis post Concilium. Quia respondetur quod hęc obseruatio est sine vllo fundamento & substantia, quia omnes hi Pontifices extitere pene 200. annorum spatio ante breue Martini Quinti, qui vixit anno 418. vt refert Historia Pontificalis 1. tom. cap. 24. & Sixtus Quartus aliud breue concessit anno 1482. vbi disposuit de bonis ante & post Concilium Lateranense, decimasque concessit etiam cum tertij præiudicio, etiam si in possessione earum essent, quare sine fundamento erit velle ex supradictis iuribus arguere ad ea quæ post illa concessa sunt, & per noua priuilegia antiquata, & reuocata, nec priuilegia templariorum in hac materia sunt consideranda, sed illa quæ concessa reperiuntur ordini Cisterciensi, & ideo non obstat cap nuper de decim. cum alijs supra adductis.

An possint ordinarij decimas excommunicationibus extorquere.

43 Nescio quo fundamento hoc genus exactionis tollerari possit quia si dicamus quod ordinarij exigere possunt decimas censuris, cap. statuimus 16.quęst.1. cap. præsbiter 31.dist. cap. clerici 17 q.1.cap. prohibemus,cap.tua de decim.cap.Apostolicam de simon. vbi Abb.nu.2.ibi, *Episcopus habet iurisdictionem in laicos,&c.* Hostiensis in cap. sicut de simon. quem citat Abb. vbi supra num. 3. Syluester verbo decima q.2. num. 4. Albericus verbo oblatio, Raymund.in summa de decim.libr.1. in fin. Roman. conf.344.nu.6. quem citat Thuscus tom.5. conclus.11.lit.O. nu.7. Soto lib.9.de iustit. art.1.cap.93. vbi dicit Parrochianos per censuras compelli posse, Couar.lib.1.variar.c.11. num.3.& probat l.56 titul.6. part.1. & libr.1. titul.3. l.5.Montaluus in d.l.56. Gregor.in l.9. titul.19. part.1. latius in l.15 titul 17.part 1. Azeued in l.2.tit.5. libr.1.recopil.Gutierr lib.2.Cano cap. 21.num.140. Soares de legibus lib.1.de diuino cultu cap.5.num.20. Azor lib. 7.instit.moral.cap.38.vers.16. Tamen hæc omnia procedunt quando prælatis assistit iuris pręsumptio quia decimas exigunt à proprijs subditis in quibus ordinariam exercent iurisdictionem, quia si à non subditis, & priuilegiatis decimas exigunt censuræ nullę sunt, & Regius iudex debet occurrere tali violentię quia nō possunt Pręlati mediantibus censuris in propria causa iudicare, & militiarum priuilegium tollere vel contemnere non enim hęc media adæquata sunt ad illum finem obtinendum,cum potius debeant de viribus illorum ordinariè agere, vel concedentem addire, nec censuris locus esse potest vbi defficit iniusta retentio decimarum cum peccato, Soares de censuris sectione 1. disputat 4. & deficiente contumacia cessat censura Soares disput.4.sectione 5. fol.97. & tanquā ab abusu iurisdictionis supplicari potest, ordin. lib.1. titul.9 §.12. Zeuallos latissime 4 part. quęst.897.

44 Deinde deficit secundum requisitum cum milites exempti proponantur á iurisdictione ordinaria, constat namque militiam diui Iacobi cōfirmatam fuisse anno 1175.per Alex.3. & postea per Lucium 3.anno 1184. & Vrbanum 3 anno 1187. & Innocentium 3. anno 1205. & Honor 3. anno 1224. & Innocent. 4. anno 1247. & per alios Pontifices, vt constat ex Bullis libro gladiorū fol. 100 & tales milites esse omnino exemptos à iurisdictione ordinaria, & ex Bulla Lucij III. ibi, *Quæ Beati Petri specialiter iuris existit,& constat ex ipsa regula*, ibi, Pręlatis exhibeatur honor, nō tamen dicit exhibeatur obedientia, & hac exemptione vsi semper fuere equites vsque ad tempora Martini Quinti anno 1421. Historia Pontifi. 2.part. cap 12. lib.6. & quia adhuc ordinarij de eorū causis se intromittebant, conquesti sunt ad Calixtum III.anno 1455. qui plenissimam militibus exemptionem indulsit,constat ex d.libro gladiorum fol 34. idem concessit Leo X. alia Bulla quæ habetur fol.54. In militia de Auis est Bulla Gregorij X. & in militia Iesu Christi altera Bulla suæ fundationis.

Deinde sunt dicti milites exempti attento iure communi à iurisdictione ordinaria vt ab illis decimæ exigi possint in Prælatorum iudicio quia quāuis Episcopi sint cōpetentes ad causas regularium cap.1. cap.irrefragabili de offic. ordin. Altamir. de visitatione verbo propriam n.85.Mandos.cons.39. nu.4.

nu.4.& de signatura gratiæ verbo exemptiones, vers. omnes basilicæ, cap. cum venerabilis de censibus, cap Romana §.vlt.eod.titul in 6. c.non semel 18.q.2.Trident.sess 14.de reforma cap. 5. & sess.24.de refor. cap.3. tamen cũ S. Pontifex Magno Magistro iurisdictioné ordinariam cõcesserit in causis militum, priuatiuè ad Episcopos, statim Episcopi sunt in illis in cõpetentes, & quod ita factum fuerit constat ex Bulla Innocentij IIII. vers. Quod Magister &c.& ex Bulla Pij IIII nuncupata das tres instancias, lib gladiorũ fol 90 & Iulij III. vnionis Magistriorum,& Nicolai IIII & Celestini V. & Nicolai V.& Iulij II. & in Regno Castellæ est idem per Bullam Pij V. in eodem libro fol. 110. & Adriani VI. Didacus de la Mota lib.1. cap.4 §.14. nu 2.& lib 2.cap.1.§ 9. & 10.& cap.6 §. 12 fol.137. Emanuel Rodriguez 1.to. regul. q 36. art. 3. & 4. Llamas in methodo §. 15. 21. & 22. Soares de la Paz 2.tom.prælud 1.nu 7 & 8.

45 Idem colligitur ex Concilijs sess.6.de reforma cap.5.& sess.7 cap 8. & sess.24.cap.4.& sess.21. cap 8. de reforma & sess.24 cap 10 & sess.25 cap.1. de regul.& succedit regul.cap.1. c.vlt. de priuil.lib.6. cap.per exemptionem eod cap.cum & plantare § in ecclesijs eod. cap. sane,cap.visis in fin. 16 q.2. iunct.c.vnic de capelis monach lib.6.

46 Vnde apparet quã iniustè Prælati vsurpent iurisdictioné in milites, nec aliud probat d §.diocæsani in d.c. 2.de decim lib.6.Cui iam supra respõdimus,nec pariter obstabit quod equites delinqunt in iurisdictione ordinarij nõ soluendo,& sic ibi puniri possũt ex Butrio Dominico, & alijs citatis à Zeuallos 4.p.q.897.n.763 quia satisfit quod qui suo priuilegio vtuntur, non offendunt alienã iurisdictioné,quinimó ordinarius offendit priuilegia Apostolica.Vnde si forte ratione censurarum aliquando decimas soluerint, non ex his actibus ius quæritur quasi per metum,& cõpulsionem extortis.

Ex quibus quæ hic adiunxi quia forsan non alibi ita reperientur in ordinem digesta, satis comprobatur & commendatur militiarum exemptio. In cuius confirmationem faciunt sententiæ adiunctæ,altera lata in iudicio ecclesiastico altera à Præside Curiæ quarum tenor talis est.

Vistos os autos deste processo mostrasse o Conuento appellante estar em posse conforme a seus priuilegios que apresenta, de leuar & receber os dizemos das terras & propriedades que grangea, & aproueita por seus criados,& a sua custa,& desta maneira os leuar do casal & terras delle conteudas, no libello do A.appellado, o qual casal se mostra ser do dito Conuento: o que visto com o mais dos autos & disposição de direito, foi polo dito Conuento appellante bem appellado, & no juizo a quo mal julgado,corregendo sua sentença absoluo o dito Conuento, & partes delle do pedido no libello do Commendador Autor ao qual condeno nas custas dos autos desta instancia. Coimbra foi publicada aos 11. d'Abril de 1573.

Altera sententia Senatus.

Vistos os autos,petição de força dada polos AA. que o Reo contrariou proua dada não prouão os A. na forma que em direito se requer estarem em posse de receber do Reo os dizemos da propriedade de que se trata, antes pola mayor parte de suas testemunhas mesmas,se mostra que indolhe pedir os ditos dizemos lhos não quiz nunca paguar: o que tudo visto com o mais que dos autos consta, absoluo o Reo do contra elle pedido polos AA. & pronuncio não ter cometido força nem esbulho, & aos AA. reseruo seu direito para tratarem da propriedade se lhe parecer que o tem, & paguem as custas dos autos &c.

SVMMARIA

1 Census possessor tenetur ad tributa.
2 Ille cui res addicta est non tenetur ad tempus præteritum.
Si dominus rem censuariam diuidat quilibet pro sua parte tenetur, ibi.

DECISIO LXXXII.

An parte rei addicta quæ censuaria est nouus ille possessor ad censum integrum teneatur, an vero pro parte addicta, ad Ord. lib. 4. titul. 3. §. 1.

Censum 200. mille nummorũ vendidit Alphonsus de Saldanha, Petro de Mendoça in sua villa da Milharada qui cum in solutione ipsius cessaret, per aliquot annos, partem villæ d. Petrus de Mendoça fecit subhastari, quæ addicta fuit D. Antonio da Sylua, & expressum in additione quod ipse solueret, illam census partem, pro rata, quæ ex illa parte addicta solui debuisset. Cessante insuper d. Alphonso á solutione census, pro futuro tempore, actum est cũ nouo emptore, vt ipse solueret, ex reg. iuris quæ habet quod omnes censuariæ rei possessores, tenentur, insolidũ, & quælibet ipsius gleba, pro integro censu, l. Moschis ff. de iure fisci, Afflict. dec 53. Valasc. q 32. nu 15 Azeued. l. 1. titul 15 lib. 5. num. 15 Felician. de censibus lib. 3. cap. 4 nu. 11. Maxime quia illa verba addictionis quod ipse solueret pro rata debent intelligi, cum respectu ad contributionem, quæ inter omnes fieri debet, vt domino soluant, ne inducatur nouatio prioris obligationis, quæ celebrata non dicitur nisi quando specialiter actum sit de ea nouanda, l. vlt. C. de nouatio, vltra Bart. in illo tex. Borrel. cõs. 11. n. 23 Mandel. cons 20. nu. 10. Gail lib. 2 cap. 30. Menoch libr. 3 præsumpt. 134. nu. 9 & 34. Zeuallos quæstio. 95. Rota Genuæ decis. 197 num. 4.

2 Verum placuit, ipsum nouum emptorem, non teneri, nisi pro parte census, portionis sibi addictæ: ex eo fundamento, quia quando res censuaria, ad dominum transit, vel virtute addictionis, vel quia censuatæ rei possessor, eam dimittit, prout de iure licet, ex Felician de censib. 2 tom. lib. 1. cap. 1. nu 5. vers tertio infero licet secus sit in emphyteusi, ex Valasc. de iure emphyt quæst. 38 num. 24. tunc prior obligatio extincta manet, & si de nouo concedatur, sub codẽ censu, iam ad præteritas pensiones cum nouis possessoribus agi nequit, l apud eum C. de censi-

censitoribus, & peræquato libr. 11. ibi, *à nouo domino, fiscum postulare non patimur, ne alterius culpa alter incipiat subiacere dispendio, &c.* quia illa scisio, seu diuisio, facta per contractum cum domino, diuidit etiam ius exactionis, qui quidem contractus validus est, ex his quæ Franciscus Milanens. decis 13. nu. 12. libr 2. Auendan de censibus c. 96. nu 14 Idemque est in effectu vel quod teria censuaria vel pars ipsius, aut pecunia quæ loco rei succedit, ad ipsum dominum census deueniat, insimili Rodrigues de annuis redit. lib. 2. q 9. num. 43 Auend vbi supra cap 8 nu 8. Bart. in l licitatio n. 4. ff de publican. ibi, *nam cum ego facio fieri præconium vel proponi edictum ego videor contrahere, cum certa persona hoc est cum illo qui plus promittit*, sequuntur Doctores in l. si tempora Cod. de fid instrum. libr. 10. Atque ex his reum absoluimus à solutione census vltra suam partem.

SVMMARIA.

1 *EX lege locationis est vt argilla erui possit nisi cōtrarium exprimatur.*

2 *Non debet tamen dari abusus boni viri arbitrio.*

DECISIO LXXXXIII.

An conductor fundi possit eruere argillam, & lapides secundum locationis legem, ad Ord. lib. 4. tit. 54.

LOcauerat fundum Vascus Fernandez Cæsar ex quo conductor argillam & lapides eruebat in maxima quantitate quod cum sciret dominus fundi prohibuit, & lite agitata, sententia prolata fuit contra locatorem, quia lapides & argilla, dicuntur esse in fructu, ex ratione l in fundo 10 ff de vsufructu, re delata ad senatum, primi senatores reuocabant, quia extra locationis legem fuisset, quod argilla extraheretur.

1 Contrarium existimaui, & esse ex natura locationis, vt lapides, & reliqua erui valeant, nisi specialiter prohibeantur, dummodo tamen ex boni viri arbitrio hæc fiant, d. l in fundo, ibi *& lapides*, l. arbores 66. §. 1 eod. Cuia. libr 15. obserua. cap. 21. Garcia de expensis cap. 22 num 47 Baeça de decima tutor cap. 25. num. 21. Carrotius de locatione 2 part fol. 193. quæst 10. vbi citat Crauet. Barbosa in l diuortio § si vir nu. 16. ff solut matrimon.

2 Quod tamen ita accipiendum vt supra tetigi ne detur abusus, & boni viri arbitrio omnia expediantur l hoc amplius § fin ff. de damno infect. ibi, *prohiberi debet frui*, quod Vlpianus dixit apertius in l. æquissimū. § proinde ff. de vsufruct. ibi, *nihil agricultura nocebit.*

Vnde cum probaretur prædecessores cōductoris simili modo vsos fuisse sententiam confirmauimus ea declaratione quod ex peritorum sententia argillam extraheret. Scriba Matos.

SVMMARIA.

1 *E pluries in testamento legata semel tantum debetur.*

Non censetur testator velle vt sæpius præstetur. ibi.

Creditur testatorē sæpius loqui non sæpius legare. ibi.

Non poterit peti res & æstimatio. ibi.

Quando pluribus eadem res legatur primo præstatur res secundo æstimatio. ibi.

Res propria legari nequit. ibi.

2 *Interpretata l. quid ergo quod procedat in diuersis testamentis.*

Qui ex primo testamento rem consequitur non potest assequi ex secundo eius æstimationem. ibi.

Si prius æstimationem obtinet nihil impedit vt rem petat. ibi.

Nihil interest an eodem testamento res vni pluries legetur vel in diuersis. ibi.

3 *Quæ sit differentia inter legatum speciei & quantitatis.*

In legato speciei datur impossibilitas vt res semel data iterum dari possit. ibi.

Interpretata l. quinquaginta ff. de probatio. ibi.

Præsumptio est pro eo qui multas scripturas profert. ibi.

Multiplicatio legatorum quando præsumatur ex diuersitate temporis. ibi.

Interpretata l. 2. Cod de discussor. lib. 10. ibi.

Si debitor duas apochas ostendit bis soluisse præsumitur. ibi.

4 *Duæ stipulationes si fiant eiusdem summæ secunda est nulla.*

Inter stipulationes & legata quæ sit differentia. ibi.

In legatis nullum prius aut posterius dici potest. ibi.

5 *Diuersæ promissiones ex diuersis causis non se impediunt.*

DECI-

DECISIO LXXXXIIII.

An legatum sit compensandum cum debito quando vtrumque ex diuersis causis ortum habet.



Petrus de Sá chyrographum confecit quo se agnoscit debere matri suæ 200. mille nũmos, contraxit postea matrimonium & decessit, & in testamento mille aureos matri præstari iussit, ad quos ex alimentorũ causa quæ matri exoluebat se teneri fatebatur citato eius hærede vt vtramque summam solueret obijciebat minorem cum maiori compensandam, & vnam tantum summam deberi, sententia contra ipsum prolata fuit quæ in Senatu confirmata extitit, & iuri conformis est.

1 Secundum quod in dubio re pluries in testamento legata semel tantum debetur siue in specie siue in quantitate consistat ex regula l. vnum § si rem ff. de leg. 2. quia potius videtur testator oblitus prioris dispositionis legatum commendasse quã quod sæpius præstari voluisset l. Mæuius 66. § cum qui ff. de legat. 2. l. cũ quæstio C. de legat. l Lucius 90. §. impuberem ff. illo titul. de leg. 2. l. si ab instituto. ff. si quis omissa caus. testam. l quibus idem ff. de verbor. l si tibi 86. § 1. ff. de leg. 1. creditur enim testator sæpius loqui, non sæpius legare, vnde etiam si eadem res sæpius legetur, & constet de voluntate testatoris, adhuc semel tantum peti poterit, nec peti poterit res, & æstimatio, quasi vtrumque legatum, vt est cõmunis in l. plane § 1. ff. de leg 1 ex Paulo ibi nu. 4. Zazi. n 6. Peralta in l. si quis in princ. num. 189. ff. de legat. 3. Aymon. in rub de legat. 1. numer 132. licet contrarium teneant Ruyn. in l serui col. pen. ff de legat. 1. Mencha. de successiõn. creat. § 9. ex num. 11 ponderantes pro hac parte l si pluribus 33. illo titul. l quid ergo 56. §. 1. eod. quorum primum procedit, quando pluribus eadem res legatur, insolidum. nos autem loquimur, quãdo vni eadem res legatur, in quo diuersa est ratio, nam primo casu, consistit legatum rei, in persona primi legatarij, & iterum debetur quia rei alienæ, & pręstabitur æstimatio l. cum alienam C de legat In secundo autem casu quando res semel acquisita est, in secundo legato censetur dari res propria legatarij, quæ legari nequit, l. proprias C. de legat. §. sed si rem instit. de legat.

2 Ad tex. vero in d. l. quid ergo, respondetur procedere in diuersis testamentis quo casu illa est differentia quod si quis ex priori testamento rem ipsam consequitur, non potest ex secundo petere æstimationem, quia videtur legata res propria, & succedit regul. d. l. proprias si autem prius æstimationem obtinet, nihil impedit vt rem petat, quæ adhuc sua non est, l. nemo rem suam 82. ff. de verborum, §. si res aliena instit. de legat. explicat Gomes 1 tom. variar cap 12. num. 38. quare multum interest an eodem testamento, res vni pluries legetur, vel in diuersis: nam primo casu vnum tantum est legatum, iuxta rationem, d. l. Mæuius. §. cum qui ff de legat 2.

& siue

& siue rem, siue æstimationem obtineat, amplius non petit, l.huiusmodi 86.§.1. ff.de legat.1. d. l. si tibi §. 1. In secundo vero casu, plura sunt legata, & seruanda est distinctio suprapo- sita.

3 Illa tamen est differentia, inter legatum speciei & quantitatis quod hoc vltimum si sæpius fiat & de volũtate testatoris constiterit, pluries præstabitur, secus in legato speciei, in quo datur impossibilitas, vt res semel data iterum dari possit, solum debebitur æstimatio & ipsa res quando specialiter constiterit, voluisse testatorem & rem præstari, & æstimationem eius, l. nutu 21.§.1.ff.de leg. 3. Cuia.lib.14. obser.c. 19. Menchac.de successio creat.§ 3.nu. 11.quia tunc non eadem res legatur, sed diuersa, quod legatarius probare debet, nec aliud probat l.quinquaginta ff de probatio vbi præsumptio stat pro eo qui diuersas scripturas profert, ita vt aduersarius teneatur probare contrarium, & vnicum tantum esse debitum, non plura, quia tex. ille procedit in legato relicto in testamento, & simul in codicillis, in quibus terminis potius præsumitur multiplicatio, legatorum, ex diuersitate temporis, vt prosequitur. Bart.in l. Sempronius post princ. ff de legat.2. Ruinus consl.176. num.8.lib.1. Aymon consl.282. num. 3.Bald.in l seruo alieno § si à secundo ff.de legat.1. Alex. consl 4. num.3.lib. 1.explicat Cuia in d.l. quinquaginta ff.de probatio tom. 2. fol. mihi 629. vbi opponit de lege Sempronius ff. de leg.2. & de lege libertus 18. ff de adim. legat, & de d.lege plane § sed si quibus satisfacit, quibus addo l.2.C. discussoribus lib.10 vbi si debitor duas apochas ostendat his soluisse præsumitur ex Bald.in d l.seruo alieno §. si quis ff. de legat.1. & in l.fin.nu 24. C.de edend. per solutione videndus Costa in l. si ex cautione C. non numerata pecun. Fall.14.ex num.6.Valasc.de iur emph. quæst.7.num.23.& doctrina Bart. in l. triticum ff de verbor ex nu.3. recepta ex supradictis.

4 Quæ omnia á fortiori procedunt in stipulationibus & promissionibus in quibus si fiant duæ stipulationes eiusdem summæ secunda est innutilis inter quas, & legata illa est differentia, quod in stipulationibus diuersis, eiusdem rei, constituimus priorem valere posteriore reiecta, quia apparet quæ prior, & quæ posterior sit, in legato vero, eiusdem rei repetitæ, etsi plura legata non sunt, tamen ex vtra scriptura, prima vel secunda legatum debeatur, nõ diffinimus, nullum namque in testamento legatũ prius, aut posterius intelligitur, vt dicamus prius valere nõ posterius, & esse inutile, quia testamentum vnũ est, & vno tempore confectum, ex quo legata debentur, & omnium legatorum dies cedit, à morte testatoris, l.5. ff.quando dies legat, inde fit quod diuersa summa legata, vtraque deberi potest, in stipulatione eadem summa promissa, secunda stipulatio non valeat, explicat Donelus in l. qui bis 18. ff. de verborum.

5 Ex quibus cum in pręsenti essent diuersæ promissiones ex diuersis instrumentis ex diuersis causis inste sancitum fuit vtramque valere, de materia vltra supracitatos Consulendi cum Crauetta consl. 167. numer. 10. Castrensis consl 64. Bald.consl 334.lib. 2. Menchac.de successión progress.c. 3. §.21. numer. 10. Grassus §. legatum quæst.60. Charondas libr.1.verosimil cap.21. Tiraquell.de retract. lignagier §.2.num 7. Socin.consl.73.nu.8.vol.4. fuit scriba Garces.

SVM-

SVMMARIA.

1 Clericorum spolia pertinent ad Sedem Apostolicã.
2 Summorum Pontificum constitutiones non offendunt ius commune.
Lex declaratiua etiam casus præteritos comprehendit. ibi.
Contrarius vsus irrationabilis non obstat. ibi.
3 Spolia prætendit Sedes Apostolica in quatuor casibus.
4 Spolium quid sit.
5 Restringendum est ad bona quæsita ex redditibus ecclesiæ.
Spolium non fit ex patrimonialibus. ibi.
Licet episcopo patrimonialia reseruare hæredibus. ibi.
6 Spolium non fit nisi de bonis intuitu ecclesiæ comparatis.
Quod Ordinatio Regia lib. 2. titul. 18. §. 7. concordata non reperiatur. ibi.
7 Episcopi non testantur nisi ex dispensatione Summi Pontificis.
8 Episcopi in pensionibus regulantur ac alij priores.
Episcopi annullares testantur de sallarijs.
9 Satisfit ad argumentum ex breuibus Apostolicis deductum.
Lex indiget acceptatione populi & quomodo. ibi.
Lex pro parte admitti, & pro parte reprobari potest. ibi.
10 In hoc regno constitutio super spolijs recepta non est.
11 In hoc regno nunquam collectores spolia habuere.
Consuetudines canonicæ huius regni concordia Apostolica roboratæ sunt. ibi.
12 Consuetudo quando simpliciter reprobatur.
13 Consuetudo in hoc regno obseruata antiquissima est.
14 Futura consuetudo non censetur reprobata si noua causa accedat.
S. Pontifex non solet concordatis derogare. ibi.
15 Regiæ consuetudines non comprehenduntur in generalibus prohibitionibus.
16 Consuetudo regni qualis sit circa Prælatorum bona.
17 Spolia Abbatum vel Priorum ecclesiarum quomodo accipienda.
18 Interpretatur tex. in c. relatum de testamen.
19 Consuetudo testandi an valet.
20 Quod valida sit talis consuetudo.
21 Hodie absolute in Hispania & Gallia clerici testantur.
22 Consuetudo hæc non est contra ius.
23 Interpretatum c. relatum.

Fructus

DECISIO LXXXXV.

An clericorum spolia in hoc regno pertineant ad Sedem Apostolicam, ad intellectum Ordinat. libr. 2. titul. 18. §. 7.

1. Decesserat Emanuel Correa clericus & eius hæreditatẽ occupauit Collector generalis per suam familiam cui hæredes resistere non potuerunt, & querellam proposuit Vincentius de Lemos coram Præsidi Curiali D. Ludouico d'Araujo de Barros, olim diui Pauli collega meritissimo viro non satis laudato, qui collectorem condemnauit ad restitutionem rerũ hæreditatis expillatæ, ex parte Collectoris opponebatur ad sedem Apostolicam pertinere clericorum spolia, abintestato decedentium, in eaque esse à multis retro annis possessione, vt tam Episcoporũ, quam clericorum spolia colligeret sicque esse cautum à Summis Pontificibus, per Bullas fœlicis recordationis Papæ Pauli Tertij anno 1541. confirmata alia Bulla Pauli Quarti, Pij Quarti & Quinti, & Gregorij 13. quas citat Nauar. de spol. §. 5. 6. & 7. & 8. Petrus Mansius in Pauli III. cõstitutionem, quibus cautum est omnia Episcoporum & clericorum spolia, ad sedẽ Apostolicam reseruari, & apostatarum extra claustra suorum monasteriorum decedentium, nec de potestate statuentis dubitare fas sit, sine sacrilegij nota, cum ad summum Præsulem tanquàm ecclesiæ caput, spectet illa amplissima potestas super beneficijs, & eorum fructibus vt docet cap. 2. de concess. præbend. lib. 6. Clem. 1. vt lite pend. ibi, *ex sua potestatis plenitudine, &c.*

Deinde

2 Deinde quia illæ Summorum Pontificum constitutiones non debēt censeri de nouo factæ, quasi de nouo illud statuerent, sed magis emanatæ in auxilium iuris communis lex enim declaratiua, etiam præteritos casus sub se comprehendit, ex Bart. in l. omnes populi num 44. ff. de iustit. & iure doctores in cap. fin. de cōstitutio. Bald. in l. non dubium num. 3. de leg. Castro de lege pœnali cap. 6. Menoch de arbitrar. quæst. 73. Nauar in cap si quando de rescriptis exceptio 14. numer. 5. constat namque spolia esse Sedi Apostolicæ reseruata ex capit. 1. 12. quæst. 5. explicat Rodoan. in explicate Bull. Pauli Tertij q. 1. col. 3.

Vnde fit quod obstare non potest, contrarius vsus cum magis abusus sit, & per actus violentos continuata possessio, seu potius vsurpatio, dici debeat, maximé quod in dictis constitutionibus exprimitur quod omnes regnorū consuetudines censeantur abrrogatæ vt in simili abrrogat capit. clerici de iudic. quo casu etiam immemorialis consuetudo reprobata censetur.

3 Cūque ad nos delata esset causa ego sententiam confirmandam censui sicque sequentibus placuit, & quia hæc quotidiana sunt, & indigent speciali nota operæ preciū me facturum duxi, si in his paulisper immorarer spolia igitur sedes Apostolica prætendit, in hoc regno in quatuor casib⁹. Primo ex bonis & hæreditate episcoporum: secundo ex clericorum hæreditatibus abintestato decedentium: tertio in bonis episcoporum & clericorum aequisitis ex illicita negotiatione, tandem in bonis, & hæreditate appostatarum, extra suorum monasteriorū claustra decendentium.

4 Et circa singulas partes huius hæsiationis, quid de iure sit aperiendum est. Primo igitur circa episcopos notandum est quod spolium secundā subiectam materiam diffinitur à Nauar. de spol. cleri. §. 7 num. 5. vt sint bona à persona ecclesiastica quæsita immediate vel mediate ex bonis ecclesiasticis, vel redditibus eorum debitis quę non fuerunt, ante obitum impensa, nec facta iure patrimonialia, nec quęsita alij irreuocabiliter, vel quæsita ex illicita negotiatione, deffinit Rodoan. vbi supra quæst. 22. Molin. de iustitia dispu 147. fol 824. vers. licet negandū, Azor institut. moral 2. part. lib 8. c. 2. quæst. 1 verum enim est quod omnia eo bona quæ Prælatus dum vixit non distribuit, vel consumpsit, inter spolia computantur, quasi illis bonis morte fuerit spoliatus, vel quod illud spoliū in domo defuncti relictū legitimo successori reseruatur.

5 Non tamen hoc ita indistinctè in omnibus Prælatorum bonis accipiendum est, nam supradicta restringi debent ad bona quę acquisita sunt ex redditibus ecclesiæ, vnde spolium Episcopi non constituitur ex bonis patrimonialibus, quæ ex legitima parentum, vel consanguineorum successione, accipiunt vel donatione vel legato, vel ex emptis & comparatis ex his redditibus patrimonialium, quia hæc omnia bona temporalia sunt, natura sua, quorum successio ad legitimos Episcopi hæredes, vel ex testamento, vel abintestato defertur. Nec secundo sub spolij nomine comprehenduntur bona acquisita intuitu Sacerdotalis ordinis, vel personalis industriæ, seu artificij, in his enim Prælati habentur ac personæ sæculares illorumque administrationem absolutam consequntur, ex cap placuit, cap. quicunque 12. quæst. 3. cap sicut 12. quæst. 2. cap quia nos de testam. vbi Couar. in cap. 1. numero 3. adeo vt liceat ex bonis Episcopatus alimenta suscipere, & hæc bona patrimonialia, vel quasi hæredibus reseruare, cap. 1. de pecul. clericor.

 c. fixum,

c.fixum,& cap.vlt.d.12.quæst.3.probat Innocent. receptus ex Abb.in d cap. 1.de testam. num.2. &.in cap. episcopus de præbend.& in cap.postulasti de rescript dicit communem Couar. in d.cap.1 de testam. num.2. Nauarr. de redditibus 1.part.quęst.1.num.38.Soto de iustitia libr.10 quęst. 4. articul. 2. Sarmiento de redditibus 1.part.cap.1. numer.18.& colligitur ex Paulo 1. ad Corinthios cap.9.vbi probat prædicatoribus Euangelij deberi substentationem, licet habeant vnde viuere possint,sicque procedit Concil Agatens. in cap.clerici omnes 1.quæst.2. probat Thom.2.2.quęst 158.art 7.in corpore post princip. ibi, *nam bonorum proprium dominium habent*, & in eod. articul. in responsione ad tertium permittit habentibus patrimonium viuere de fructibus præbendę,licet contra hanc sententiam teneant Barbatia,& Decius in d.c. postulasti nu.8. ex authoritate D. Hieronymi in c.clericos 1,q.2. verior tamen est prima opinio, & ab omnibus obseruata, ex Molin. de justitia 2 tractat disputat.142. atque ideo respectu horum bonorum, Episcopi reputantur sæculares, vt libere de illis disponant,d.cap.placuit,cap.quicumque 12. quæst. 3. Nauarr..in appolog. quęst.1. monit.15. Valasc. de partitio. cap.35 numer.1. Molin. dict.tractat.& disputat. 142. & apud nos Regia Ord. lib.2 titul.18.§.7. facit l.1 C.de sacros. eccles. & casu quo non disponant, de his bonis ad hęredes abintestato deferuntur, Nauarr de spolijs §.1. num.14. Barbosa in l.diuortio num.66. ff.solut. matrimon.

6 Vnde inter spolia solum considerantur illa bona quę intuitu ecclesię,& eius redditibus comparata sunt, in his enim solum controuerti potest, an ad Sedem Apostolicam vel ad successorem in Episcopatu remanere debeant,& sine dubio est, ad successorem deferri debere vt obseruatur ex antiquissima, & immemoriali huius regni consuetudine, quę ex concordia processisse credendum est, vt asserit Ord. lib.2.titul.1.in fine principij Principi enim asserenti ita fuisse olim concordatum,credendũ est,ex tex in Clem 1, de probatio,licet veritas mihi videatur esse in contrarium quod circa hanc Ordinationē nulla cõcordia extet specialis quia deducta fuit ex Extrauag. l 10 tit.2 part.2. & ex dipplomate lib. 3. sphерę fol. 158. quibus locis de sola immemoriali consuetudine mẽtio fit, solumquè hęc consuetudo concordia recepta,& confirmata est,vt infra dicã. Vnde hic immemorialis vsus aliter in Episcopis, ac in reliquis prioribus, & Abbatibus accipiendus est, nam Abbates inferiores episcopis libere disponere possunt de bonis quæsitis etiã intuitu ecclesię, vt infra dicam episcopi vero minime quia in illis hęc Hispanię cõsuetudo recepta non est, vt per Couar.in c. relatum de testam.

7 Vnde vt ipsi testentur debent obtinere licentiam, seu dispensationē á summo Pontifice, qua simpliciter obtenta, ad hęc aliqui dubitant, an limitanda sit dispensatio ad pia, non vero ad profanos vsus, ex Abb. in c. cum esses de testam, n. 3. Barbatia in tract. de potent. Cardin 7.p quęst. 4. n. 7. Nauarr. de redditibusq; moni.6. qui restringit talem dispensationem, ad pia tãtum quia cum sit priuilegiũ, sufficit vt aliquid oporetur, c.porro de priuil. sed verius est,ad omnia prodesse, quia S. Pontif. solum intendit tollere prohibitionē legis humanæ, & in odiosis dispositionibus, & priuilegijs, omnia veniunt quæ sub verborum proprietate comprehenduntur, l.cum lege ff de testam.

8 In eo tamen consuetudo prodest Episcopis, sicut & cæteris Abbatibus, inferioribus, veluti si pensiones vel beneficia ex dispẽsatione obtineant,quia in his ac proprij Abbates regulantur, vnde

vnde Episcopi titulares, seu annullares, qui beneficia aliqua possident adinstar Abbatum & Rectorum de illis sallarijs suarum ecclesiarum testari possunt, quia non sunt simpliciter Episcopi, cum sine addito annullares non dignoscantur, ideo potius Abbatibus accedunt, sicque in Senatu iudicauimus in processu: vbi plures in legatia sententiæ prolatæ in eodem casu adiungebantur.

9 Nec his obstabunt fundamenta, quæ in contrarium adduci solent, inter quæ illud primo contra Episcopos adducitur scilicet prohibitio quæ ex d. Bullis superius relatis colligitur, cui obiectioni satisfit, quod vsu receptæ, nequaquam extitere, in hoc regno, prout requirebatur, vt aliquod haberent robur, quia lex vsu non recepta, nequaquam obligat, l. de quibus ff. de legib. Couar. libr 2. resolu. cap. 16. à numer. 6. & sequentib. sic Gratianus in cap. in istis 4. distinct. inquit leges institui cum promulgantur, confirmari cum moribus suscipiuntur, & licet videatur non esse de ratione legis humanæ, nec formaliter illi conuenire, cum imò videatur cum illius ratione pugnare, nam de ratione legis est, vt habeat vim obligandi quia si penderet ex acceptatione subditorum, iam non tam ipsa obligaret, quam si subditi, se voluntariè illi submitterent; si ergo populi acceptatio necessaria est illud erit propter imperfectam potestatem Principis. Tamen intelligitur Princeps ex benignitate nolle, vt subditi obligentur, nisi talis sit lex quæ à communitate recepta sit, atque ita sentit Castro de lege pœnal. in cap. 1. & 6. Nauarr. in manu cap. 23. num. 41. & consi. 1. num. 23. de constitutio. Gutierr. libr. 1. Canon. cap. 8. num. 3. Azor libr 5. part. 1. cap. 4. quæst. 1. Soares de legib. libr. 1. cap. 11. numero 7. & libro 3. capit. 19. à princip. Roland. cons. 99. numero 7. notauit Bart. in l. si quis priorem ff. ad Trebell. Auil. prætor in proœmio numero 10. vnde contingit quod aliquando lex noua partim recipitur, & partim non admittitur, vt in extrauaganti ambitiosæ de rebus eccles. Rodoanus de rebus eccles. quęst. 36. numero 20. & quod tantum procedat in contractibus in quibus dominium transfertur Gama decis. vltim. in fine, & licet recepta sit quoad nullitatem contractus non tamen quoad pœnas, Castillo de vsufruct. cap. 54. num. 25. Auendan. de exeq. cap. 4. à numero 26. Gutierr. Canoni. cap 8. Caualcan. decis. 43 45. & 46. Cened. collect. an. 32. ad 6.

10 Ex quo fit quod cum in hoc regno hęc noua constitutio recepta non fuerit, vt firmat Nauarr. de spolijs §. 9 numer. 4. & §. 14 numer. 4. Molin. d. disputat. 147. Azor d. cap. 4. quæst. 1. & part. 2. libr. 8 cap. 4. à princip. Pręlatos non obligat, quia cum lex in bonum commune ferri debeat, quando recepta non est, non expedit populo, talis lex, quia ipsa plus damni, & perturbationis afferret, quam cōmodi, & ideo amittit vim obligandi, nec princeps potest illam firmare etiamsi velit quæ est sententia Dried. quem citat Soares d. libr. 3. cap. 19. numer. 2. ad fin.

11 Quod apud nos fortiori nititur fundamento, cum non solum appareat illas constitutiones vsu non receptas, sed contrarium semper fuisse in vsu, cum á primordijs huius regni semper inuiolabiliter obseruatum sit ne Prælatorum spolia ad Apostolicam Sedem deferantur, scientibus Collectoribus Apostolicis, & patientibus, & Summo Pontifice, quē huius rei non ignorasse innitia præsumendum est, cum versetur in rebus tangentibus ecclesiæ redditus, qui longe ampliores essent, si spolia Sedi Apostolicæ deferri deberent, quę con-

ſuetudo cum ab eo, & collectoribus ſit tollerata, approbata cenſetur, & illi præiudicat, ex regul. l. 2. Cod. de ſerui, l. 3. Cod. de nouis vectigal. ſolu. Bart. in l. ſi publicanus §. fin. numer. 7. ff. de publican. & vectigal. quem refert & ſequitur Iaſ. in l. Imperium num. 20. ff de iuriſdict. omni iudic & in ſpecie Balbus de præſcript. 2. part. 5. princip. quæſt. 4. num. 4. Burgos in l. 1. Taur. num 233 Padilla in l. tranſactiones C. de tranſactio. Ioan. Luppus in cap. per veſtras notab. 2. §. ſed & eſt pulchra, Decianus libr. 4. cap. 26. ſub num. 15. Auenda. in dictionar. verſ tertia concluſio. Et quod magis eſt, quod in hoc regno per concordiam cum Rege Dionisio innitam in vltim. articul. ex 40. Romæ oblatis ſancitum fuit quod omnes Regni conſuetudines quæ non repugnarent iuri, inuiolabiliter obſeruarentur, vnde non eſt dubium in tali concordia, & confirmatione Apoſtolica hanc conſuetudinem comprehendi, & cenſeri confirmatam authoritate Apoſtolica, cum ſecundum Canones ſit vt Prælatorum ſpolia non ad Sedem Apoſtolicam, ſed ad eccleſiam, & ſucceſſorem in dignitate deferantur, vt ſupra oſtendimus, atque ex hac fortaſſe cauſa Collectores nunquam ſe tali vſui, & conſuetudini contrariæ oppoſuerunt, imó de nouo cum hæc ſcierit Summus Pontifex cenſetur illam approbaſſe, & confirmaſſe, argum. eorum quæ Abbas in cap. quia circa numer. 8 de conſ. & affin. Suares in allegat. 12. fol. 147. Azeued. in Curia Piſana l. 1. titul. 12. num. 26. Afflict. deciſ. 308. Auend. de exequend lib. 1. Capi. num. 30. verſ. ſeptima cauſa.

12 Nec obſtabit quod dictæ nouæ conſtitutiones, reprobant omnem contrariam regnorum conſuetudinē, in qua reuocatione etiam noſtra cōprehendi debet, quia lex quæ aliquid de nouo ſtatuit, & prohibet vlterius addens non obſtante, quacunque conſuetudine, ſi ſtatuit ſuper materia, quæ iam iure conſtituta erat cenſetur omnem conſuetudinem abrrogare, non ſolum antiquam ſed etiam illam, quæ de nouo introduci poteſt, quia dum conſuetudinem damnat, in dubio non tantum videtur ſentire de præſenti, & præterita, ſed de illa quæ in futurum introduci valet, quia ex præſumptione ſuppoſitiua qua iniuſtam, & irrationabilem conſuetudinem iudicat omnem etiam futuram reuocat, vnde licet aliqui teneant, quod ſic reprobata conſuetudine, nō cenſetur reprobata, ea quæ procedit ex aliqua noua cauſa, vel ex antiqua quæ Legiſlatori cognita non eſt, ex Abb. in cap. vlt num. penul de conſuetud ex gloſſ. in Clem. pen de electione, idem Abb relatus à Decio nu. 11. in cap. 2. de probatio, cōmunis ex Couar. variar cap. 13. nu. 4. Duen. reg. 144. limit. 1. Hojeda de incompatib. 1. part. c. 17. n. 10. per tex. in l. ſi hominem ff. mand. niſi lex ſpecialiter de futura mentionem faciat, ex reg l. 3. § diuus Adrianus ff de ſepulch. violat, qui hanc prorſus neſcit & ignorat, & ſuccedit regul. l. ſi ignorans 52. ff. locati, & l. mater 19. verſ nec enim ff de inoffícioſ. teſtam. quia ſic minus offenditur ius commune, conſuetudinem generaliter approbans, in dict cap. vltim. & modo in caſu particulari reprobans, vt in eo quaſi exorbitans limitetur, & non extendatur ad caſus non expreſſos, argum. cap. 1. de conſtitutio in 6. ſequitur Couar. variar. libr. 3. cap. 13. numer. 4. Tiraquell. de retract. tom. 1. in præfatione num. 17. Azeued. libr. 3. titul. 1. libr. 2. num. 18. & 20. nouæ recopilat. Garcia Falcon reg 295 num 9.

13 Tamen vix hæc opinio ſuſtineri poteſt, in puncto iuris, quia licet hæc noua cauſa conſiderari valeat vt tollat iniquitatem conſuetudinis, quam iuſtificat, & rationabilem

redit,

redit, tamen ea ratio & iustitia non sufficit, quia cum consuetudo vim, & potestatem habeat à lege, per tex. in d. cap. vlt. vbi Abb nu 8. communis in d. l. de quibus ff de legib. adhuc talis consuetudo destituta legis authoritate vim habere non potest quia ipsa reprobata reperitur á lege, quod in hoc regno sine dubio procedit quia post illas Pontificias cõstitutiones semper dicta antiqua consuetudo obseruata fuit continuatiué, sine vlla interpollatione, nec potest dici apud nos ex noua causa fuisse introductam cum imò ex antiqua causa, & iure continuata priori possesione, in hoc vsque tẽpus inciderimus.

14 Vnde licet diceremus quod in hoc regno potuit de nouo cõsuetudine introduci contra constitutionẽ Pauli III & aliorum Summorũ Pontificum vt spolia non traderentur Collectoribus quia scilicet illa lex generalis nõ disponebat, neque reprobabat cõsuetudinem in materia iam à iure prohibita, quo casu sola præsens consuetudo, censetur reprobata, non futura, & quæ de nouo potuit incipere, ex senten. gloss. in d. clem. pen. & ex reg. cap. quia sæpe, cap. cum non deceat 30. de electione, auth. nauigia, ibi, *sublata penitus omnium locorum consuetudine*. C. de furtis auth omnes C. commun. de succesio. tamen cum nouam causam consuetudinis introducendæ sit figmentum, non subter fugiendum est difficultati his medijs, sed veritati, & iuri inhærendo resoluendum est d. Pontificias constitutiones nobiscum non agere, quia nostra consuetudo cũ Canonica sit, & per cõtractum breui Apostolico roborata, non censetur vnquam ex generali lege abrrogata cum S. Pontifex non soleat concordatis derogare.

15 Imó semper præsumendum de regia consuetudine abrroganda non cogitasse cum id non expresserit nec ex generalibus legibus Regum tollantur, consuetudines vt declarat, Martinus Papa in breui relato à Guido decis. 1. Maxime quia huius Regni concordiæ cum Sede Apostolica perpetua sunt firmitate stabilitæ ne reuocari valeant.

16 Atque ex hac consuetudine sic habile, & iustum teferens initium, Reges nostri, inuictissimi semper prohibuerunt Collectoribus, ne Sedis Apostolicæ nomine hæc spolia colligerent imó defunctis Prælatis stylus obseruat, inueteratus, vt per regium diploma præcipiatur Pręsidi illius ciuitatis vbi Prælatus obijt, vt inuentarium bonorum conficiat, ne hæreditas expilletur, vt futuro reseruetur successori quia Regibus tanquam harum ecclesiarum patronis illarum quando vacant principalior incumbit defensio, ex regul. cap. filijs. 16. quęst. 7. l. 1. titul. 6. libr. 1. recopilat. Cabed. decis. 84. numer. 2. & de iure patron. cap. 2. Gutierr. lib. 3. practic. quęst. 13. à num. 72. Bobad libr. 2. titul. 18. á num. 275. & approbauit Concilium Trident. sess. 20. cap. 16. & ex hoc fundamento, & protectionis seu defensionis iure, Regum iussu inuentaria bonorum conficiuntur, ex Afflict. lib. 3. constitu. rubr. 28. numer. 1. Rochus de iure patronat. verbo ecclesia num. 2. Aufrer. de potest. sæcul. regul. 1. numer. 11. & reg. 2. numer. 13. Couar. practicar. cap. 35. numer. 4. Salzed. ad Ber. cap. 102. post plures quorum meminit Cened. collectan. 5. à princ. latè dicemus Deo dante in tract. de manu Regia.

De spolijs Abbatum vel Priorum.

17 Circa priorum vel Abbatum spolia, etiam Collectores se ingeruñt id quidem ex fundamentis supra relatis

latus, ad Sedis Apostolicæ ærarium pertinere asserentes, & pro huius partis fundamentis, illa præcipue pugnant. Primum quod acquisita ex bonis ecclesiarum per Abbates, & Rectores ex Concilij Lateranensis decretis, relati in c. cum in officijs de testam. per eorum obitum ecclesijs reseruantur, etsi sint mobilia vt in c. ad hæc eod. titul. c. præsenti de offic. Ord. lib. 6. Vnde si ecclesia est collegiata vel cathedralis communitati seu congregationi acquirentur, si vere vnum solum habeat rectorem, ipsum intelligemus vnde cum ecclesiæ acquirantur, non est dubitandum pariter esse acquisita ecclesiæ capiti & Summo Præsuli in cuius dominio sunt omnia bona ecclesiarum, imó & ipsa beneficia quorum ipse plene dominus & dispensator est.

18 Secundo adducitur tex. in cap. relatum de testam. vbi tex. diffinit nõ esse improbandam, consuetudinẽ testandi de aliqua parte horum bonorũ in pios vsus, & sic per contrarium probat facultatem testandi de omnibus, etiam ad pia, commendat Rochus in cap. vlt. de consuet. part. 5. nu 3. Nauar. de redditib. quæst. 3. moni. 2. num. 6. atque ideo hanc testandi facultatem de redditibus beneficiorum, improbarunt plures ex antiquis, quos citat Archidiac. in summam. 12. quæst. 5. & Pelagius de planctu eccles. 2. p. art. 28. & dicit communem Couar. in d cum in officijs nu. 9. & plures ad idem refert Marsil. de redditibus. c. 34. & Salazar in tracta. de vsu & consuetud. c. 3. num. 12.

19 Deinde quia talis consuetudo iuri naturali opponitur & diuino iuri positiuo quia per eam clerici rebus alienis vtuntur, & de illis disponunt cum Christus dominus voluerit, talia bona pauperib⁹ dari, quia ea lege fideles rectoribus sua bona dedisse, videtur vt per illorũ manus inter paupetes distribuantur, & cõsuetudo quæ id permittit, potius corruptela est, eo maximé quia aduersatur iuri Canonico, nec valere potest nec robur ex tempore accipere. c. cum venerabilis de consuetudine, cap. cum satis de offic. Arcidiacon. cap. cum esses de testam. ibi, *Sacris Canonibus aduersatur &c.*

20 Verum his non obstantibus prout vere non obstant, merito consuetudinem defendunt plures ex antiquioribus Bellam in princ. 12. quæst. 5 num. 2 Hostiens. in cap. 1 de pecul. clericor & ibi Imola num 11. vers quid igitur, vbi Cardin. & Anania num 8. Abb in cap. cum tibi de verbor. sign. notab. 1. nu. 2. defendit Guilelmus & alij quos citat Marsilius dict. cap. 36. summã Hostiens verbo clericus 4. n. 3. Menchaca de successio. creat. §. 22. num. 4. Cened in collectan 12. in decretal. Gama decis 313. num. 9. Clarus §. testamentum quæst 27. numer 8. Sarmiento de redditibus 2. part. cap. 6. num. 1. & part. 4 cap. 1. num. 7 Duen. reg. 366 num. 11. facit ratio l. 1. Cod de sacros eccles. Nauarr. de spol. § 1 n 14. Molin de iustitia d disputat. 142. Barbosa in l. diuortio num. 66. ff. solut. matrimon atque his testantur etiamsi sint filijfamilias auth. præsbyteros C. de Episcop. & cleri. Molin. disput. 136. num. 2. Cordoua libr. 2. quæstionum Theologicarum quęst. 28. Banhes 2. 2. quæst. 32. artic. 6. conclus. 4. Petrus de Aragon eadem quæst. 32. art 5. concl. 2. vers sed maius Ludouicus Lopez in instructor. 2. part. cap. 142. Soto lib 10. de iustitia quæst. 4. artic. 3. Driedo de liber Chistiana lib. 2. cap 4.

21 Quorum Doctorum traditio confirmatur quia consuetudo quæ clericis testandi facultatem indulget, de fructibus beneficiorum antiquissima est, & hominum memoriam longe excedit, adeo vt verosimile sit quod iam incæperit ante prohibitionem Lateranensis Concilij, quod ea de causa in aliquibus

aliquibus partibus, non fuit receptum, vt deducitur ex d.cap cum in officijs in princip. quia vbi primum clerici á communione recesserunt, & beneficia fuerunt constituta, statim cæperunt clerici de his fructibus testari tanquam de patrimonialibus putantes se lege Episcoporum non ligari, & licet per constitutionem d. Concilij veteres Canones suscitati fuissent abrogando omnes cõsuetudines quibus clerici se exemptos adstruebant tamẽ adeo erat recepta consuetudo, vt in pluribus partibus probabiliter dici valeat prohibitionem, non fuisse receptam, cuius rei est efficax argumentum quia Archidiaconus qui paulò post Concilium floruit in cap. statutum, §. assessorem de rescript. lib. 6. & Hostiensis qui post Concilium viguit, de hac consuetudine meminere, ex quo fundamento in tota Hispania, & Gallia d. noua prohibitio nequaquam recepta fuit, vnde licet in aliquibus partibus solum consuetudo obtineat, vt clerici de prædictis bonis per testamentũ disponant, abintestato vero seruetur ius Canonicum, vt ad ecclesiam deferantur: in alijs vero locis vt testentur de fructibus simplicium, & in illis consanguinei abintestato admittantur, nõ vero in alijs beneficijs, Clarus §. testamentum q. 27. §. 8. ad fin. Tamen hodie absolute in Hispania & Gallia sine distinctione receptum est, vt & ipsi disponant vel consanguinei abintestato succedant in omnibus his fructibus, & cauetur apud nos d Ordin. libr. 2. titul. 18. §. 7. & apud Hispanos est l. 13. titul. 8. lib. 5. ordinam. & licet in hoc regno si attẽdimus ad legẽ Regiam d. §. 7. non disponat sed se remittat ad consuetudinem quæ extat, quæ qualis fuerit apud nos non est sine dubio si ad leges extrauag. titul. 2. part. 2. l. 10. attendimus, & ad ea quæ Gama decis. 313. num. 8. vbi refert declarationem Regis Ioannis Tertij, tamen hodie sine dubio, est talis consuetudo obseruanda, quia ex contrario sequeretur fatalis Reip. perturbatio & ruina.

22 Nec obstant quæ contra illam in principio adduximus ad primum enim satisfit, quod licet hæc consuetudo iuris Canonici pręcepta violet, non tamen directo contra leges est, cum supponat legis vinculum cessasse quod duobus modis fit, vel quando lex absolute, vel ex maiori parte cessauit, vel quia supposito contrario vsu lex illa à principio obligans redditur impossibilis, vel ad modum difficilis in quo deficit à sua substantia, c. erit autem ibi, *erit autem lex possibilis secundum consuetudinem patria, loco temporique conueniens*: vnde cum patriæ vetustissima consuetudo legi obstet, quæ lege lata non cessauit, imò incepit ex noua causa, quæ versatur circa difficultatem & impossibilitatem obseruantiæ nouę prohibitionis, qua status ecclesiasticus perturbaretur, merito talis cõsuetudo rationabilis habenda est maxime quãdo in pluribus casibus ab ipso iure Canonico reperiatur comprobata, vt patet in d.c. in officijs, vbi dicitur quod in aliquibus locis consueuerant clerici de his bonis libere testari, facit deinde d cap. præsenti de electione in princ. iuncto vers. nisi, vbi admittitur consuetudo, disponendi de his bonis in proprios vsus, quod fortius est: deinde extrauagans suscepti regiminis de electĩon Ioan. 22. quam expendit Couar vbi supra vers. cæterum, deinde decretum Alex. III. in Cõcil. Lateran. sess. 29. cap. 6. incipit ad hæc 4. tom. Concilior. fol. 268. vbi clericis permittebatur dispositio de fructibus nõ perceptis, quæ magis obstat iuri quam consuetudo disponendi de perceptis: deinde cõstat ex autoritate Duen. reg. 366. limit. 22. vbi dicit Iulium III. generali priuilegio clericali statui indulsisse hoc idem, quæ omnia

ostendunt quam non contra ius sit, sed præter illud talis consuetudo, quam conueniens vt obseruetur, & quam rationabile habeat initium, & progressum per temporis immemorialis cursum qui non patitur vt in discrimen adduci posint eaque memoriam hominum excedunt habet enim immemorialis vim costituti.

Vltimo considero quod omnia suprapoposita euincunt, quod licite clerici de suis bonis & fructibus testari possunt, si autem adhuc essemus in rigore iuris, & testandi esset inhibita facultas ecclesia ipsa succederet, cuius erant fructus, non vero sedes Apostolica quia non reperitur in iure expressum, illam successionem ad Romanam ecclesiã spectare, quod si ex nouis constitutionibus illud admitendum est has non fuisse vsu receptas comprobauimus igitur.

23 Secundo non obstat d.c. relatũ dum solum ad pios vsus testandi facultatem indulget quia cum illæ prohibitiones iuris humani sint tolli possunt consuetudine legitime præscripta maxime immemoriali vt supra ostẽdimus.

24 Ad tertium negamus illos fructus non esse proprios clericorum supposita consuetudine qua mediante acquiruntur, nam licet vasa ecclesiarũ imagines reliquiæ, & ornamenta ecclesiarum rectoribus non acquirantur quia semper in dominio ecclesiarum sunt vt deducitur ex his quæ Nauar. de redditib. quæst. 1. moni. 18. post Thom. 2. 2. quæst. 99. art. 3. Soto de iustitia lib. 1. quæst. 4. art. 3. Molin. d. disput. 142. frater Ludouicus Lopes in instructor cosciẽn. 1. part. c. 141. §. pro captura. Et insuper licet verum sit, quod bona quæ ecclesijs offeruntur per fideles vel donantur, vel per vltimam voluntatem, relinquntur, iuxta cap. sunt qui opes 17. q. 4. cap cum res, 12. quæst. 1. l. si quis ad declinandam C. de episcop. & cler. Concil. Trid. de refor. sess. 25 c. 16. Nauar. de redditib. quæst 1. nn. 18. & quæst. 3. nu. 25. sunt in dominio D. N. Iesu s Christi, etiam qua homo est, ex Nauar. de spolijs §. 2. num. 2. & de redditibus quæst. 3. num. 33. Sarment de redditib. 1. part c. 1. nu. 22. Molin. d. disput. 142. vers. alia sunt, cap. qui Christi 12. q. 1. c. in Canonibus 16. quæst. 1. c. non liceat Papæ. 12. quæst. 2. late Marsil. d. c. 23. num. 94. Concil. sess 25. de reforma cap. 1.

25 Tamen licet harum rerum dominium, residere censeatur circa ecclesiam vniuersalem, adhuc dominiũ harum rerũ particulare, penes ipsam ecclesiam particularem, residet, c cum ex eo de election. in 6. Marsil. vbi supra num. 100. Sicut in principe temporali consideramus dominium vniuersale regiminis & administrationis, quod non impedit vt rerum particularium subditi proprie & vere domini existant, ex Bart. communiter recepto in l. 1. §. hanc ff. de rei vindic. Couar. d. §. 6. Valas. de iure emphy quæst. 18. à num. 2 vers. quinta conclusio.

Ex quo etiam prouenit quod clerici, & ecclesiarum rectores suorum beneficiorũ reddituum domini propriê, & verè efficiantur non dispensatores, vt ex Thoma sequitur Nauarr. in appolog quæst. 3. moni. 1. & Molin. disputat. 147. & Barbosa in l. diuortio à num. 59. receptior enim est opinio illos veros effici dominos, vt probat cap. vero de cleric. non residẽt lib. 6. Couar. in cap. cũ inofficijs de testam. numer. 4. Molin. de primogen. libr. 2. cap. 10 num. 34. plures citat Cened. ad decretal. collectan. 12. num. 5. Fachin. controuers lib. 5. cap. 88. Aurel. rerum iudic. libr. 3. cap. 3. Molin de iustitia disput. 143. Ex quibus iniuste prohiberetur dispositio libera rectoribus eorũ bonorum quorum ipsi non vsufructuarij, sed proprie sunt domini, in quibus ac in patrimonialibus non

potest

potest impediri translatio in consanguineos, vel ex testamento, vel abintestato, Couar. in d.c. cum in officijs num.9. Molin de primo.c.10.num.12. Guterres pract.lib.2. quæst.13. Salazar de vsu c.13. Peres in l.1. tom.3. lib. 1. recopil. §.1. Matienç. in l. 3. titul. 8. lib.5.recopil. Barbosa in d. l. diuortio nu.60.de quo est.l.1. titul.3. lib. 2. recopilat.

De illicita negotiatione.

26 Cum in Pauli Tertij constitutione non satis esset explicatum an quæsita ex illicita negotiatione, essent Cameræ Apostolicæ reseruata, emanauit Pij Quarti noua declaratio qua sancitum fuit vt hæc sic turpiter ex quæstu contra Canonum prohibitionem á clericis, & Prælatis quæsita inter spolia cõnumerarẽtur, quod postea etiã Pius Quintus alio breui declarauit, relato lib. motuum fol.mihi 555. Quarum prohibitionum vigore talia bona ecclesiæ Romanæ reseruata esse non videtur, ambigendum, cum in illis non detur illa ratio, quam supra in fructibus beneficiorum ponderauimus quorũ beneficiarij domini fiunt legis Canonicæ authoritate probat Molin. d.disput.142.vers dixi hodie.

At vero in quæsitis ex negotiatione illicita iustisime S. Pontifex episcopos & clericos legum & Canonum contemptores dominio acquisitorum priuat, cum illis videatur negotiatio prohibita de iure diuino, ex eo quod Christus Dominus negotiatores de templo eiecit, vt refertur Mathei.21. habetur in c. eijciens 88. dist. & illud quod habetur Psal. 70. quoniam literaturã nõ cognoui exponũt, ibi, *septuaginta loco literatura intelligi de negotiatione*, facit illud Eccles.26.ibi, *difficile exuitur negotians à negligentia*, & ibi illud 1. ad Thimot. 3. ibi, *in laqueũ diaboli &c.* Molin. disput.339. in fine, nam licet negotiatio de se sit licita, & pertineat ad hominum commercia, quæ de iure gentium introducta est, l. ex hoc iure ff. de iustit.& iur. Molin de iust. disput. 339. Frater Emanuel in quæstionibus q.8. 3 tom. Med.de testi. q.31. tamen clericis prohibetur ratione status personæ, & indecentiæ, atq; ob id in diuersis Concilijs illis interdicta negotiatio reperitur, vt per Salzed.ad Bernard. cap.55. adeo vt detestentur Canones clericum negotiatorem, ac dęmonem vt in cap. negotiatorem 88. distin. & tanquam laicos conueniendos in sæculari sanxit l.7 tit.18. lib 9. nouæ recopil. Rosel. in tract. de potest. Imper. & Papæ §.plus videtur num 3.fol. 312. vol.14. l.2. C.de episcop.& cler. l. sub prætextu C. de sacrosf eccles. Benuenut.in tract.de mercatur.3.part.titul. de his qui mer.exerc.poss.num.5. Auffrer.de potest.sæcul.super ecclesiasti.n. 32. Gregor.in l.49. verbo las franquezas titul.6.part.1. Otalora de nobilit. 2.part.cap.1.n.11 Menahac.de sucessio. creatio.3 part § 26. n. 78.& lib.1.§. 10. num.46.Capistranus in specul. Clericor part.2.§. 6. vers.sexta species, Albertus Trossius de perfecto clerico lib 2.c.51.in prin.Gregor in sintagma. lib.25. c.15. num. 9. Bobadilla lib. 2. c. 18.num.279.& num.123.

27 Vnde cum supradictæ causæ sint legitimæ vt virtute illarum, ex dę nouis constitutionibus potuisset dominium rerum sic acquisitarum negotiatoribus adimi, & Cameræ Apostolicæ applicari ad illam pertinere resoluendum est vt per Azor.2. part. lib 8 cap.2.quæst.1. Nauar de spolijs §. 7.num.4.qui in eodem casu ita dicendum fore asserunt.

28 Verum his non obstantibus in hoc regno sine dubio est ex negotiatione quæsita propria fieri gegotiantium, & de illis libere pisponere posse etsi non disponant ad legitimos

successores

successores spectare adinstar rerum patrimonialium constat namque Cōcilium Chartaginiense prius clericis negotiationem interdixisse sine aliqua pœna postea pœnas addidit Concilium Tarraconens. vt refert cap. Canoni. 14. quæst. 4. & cap. quicunque eod vbi solum pœnam exprimit vt à cętu clericali arceatur ibi, *cohibeatur à clero.* Thomas 2.2.quæst.77. Matienç recopil. lib.5.l.11. Glos.1.num. 3. Bobad. in polit.d.c.18. nu 123. Molin. disput 342. Postea addita fuit pœna excommunicationis, in c.cum secundū ne cleric.vel monachi c. consequens 88 distin.addita insuper suspensionis, & priuationis pœna de qua in c. pen. 91.dist.cap. sed nec ne clerici vel Monach quas omnes pœnas innouat. S. Concil.Trid.sess.22.cap.1.de reforma. quas incurri non posse nisi prius ter moniti non resipiscant tenēt doctores in cap.fin.de vita & honest.Rodoan.de spolijs quæst.2.num.66.de quo est lex partitarum vt per Humadam in schol. ad Gregor.ad Glos 3. titul.6. part.1. l. 49 num. 2. Azeued in l.55.titul.4. lib. 5 nu.3. Rodoan de rest. spol. quæst. 2. num.66 Bobad.d. num. 123. Foller. in pract. verbo audiantur nu. 56. Decianus tom.1. lib.4.cap.9 num. 8.& num. 13 Graffis in decis.aureis 1.part.lib 3. c. 2. num 23.

29 Deinde vt pœnæ suprapositæ sit locus requiritur sententia contra negotiantē vt conuincatur de illicita negotiatione nec pœna ipso iure imposita censeri debet, nisi vbi lex specialiter exprimit, tex in auth. de non eligend. secundo nubent. §.cū igitur, Valasc de iure emphyt quæst.39. num. 6.quæ etiamsi ipso iure inducta esset, in d.nouis cōstitutionibus adhuc talis negotiator debet viuens de tali delicto conuinci vt bona Cameræ applicari valeant ex l.1.ff.de iur. fisc. Matien.l 1. titul. 4. lib. 5. glos.10. num. 12 & 39. Corduba quæst 119. doctores in c.cum secundum de hæretic. in 6. Couar. d. sponsa.2.part.c.6.num.9. Tiraq. verbo reuertatur n. 400. Menoch.de arbitr. cas. 416. n. 62. Morla in empor. iur. tit.de legib.q.8. Azor 1.parte lib 5. c. 7. Gutierr.Canon. lib. 2. cap. 5. n.14. Quod si adhuc quis replicet pœnā ipso iure in cursam transire, etiam ad hæredes, & successores, sicquè fiscum posse bona ipso iure amissa ab hæredibus vindicare, vt in l. Gaius 22 ff. ad Sillan. *ibi morte extinctam non videri,* & in l. Lucius de iure fisci. Mench. illustr. c. 96. n. 22. adhuc respondemus illas nouas constitutiones, vel in illis pœna ipso iure imponatur, vel per sententiā nequaquam in hoc regno receptas esse atque ideo cessat labor an contra successorem qui loco hæredis habetur, vt in c.1. de successio ab intestato com petat actio ad restituenda quæ quæsita fuere ex illicita negotiatione.

30 Atque hoc constituto non obstant quæ supra in contrarium adduximus: nam ad primum respondetur non deficere in Summo Præsule potestatem sed ex illius benignitate esse, vt nolit suas constitutiones obseruari, nisi quando conueniant patriæ moribus, vt vsu recipiantur, quod in nostro casu defficit non enim huius regni paupertas patiebatur, vt talia spolia ad Cameram Apostolicam defferrentur ne regnum pecunia ex hauriatur, maximè quando regum sanguine à maurorum, seu orci faucibus ereptum est, & libertatem vindicatum, ratione cuius laboris summi Pontifices solent cū nostris regibus se liberales exhibere, nec eorum iura, & consuetudines tēpore immemorali roboratas ex quibus vis generalibus expresionibus reuocasse, censetur, cum potius omnes regni consuetudines Apostolica firmitate roboratæ sint, ind. vltimo articulo Regis Dionisij à cuius temporibus ante hæc omnia obseruantur, cum nullum memoriæ in contrariū vestigiū extet.

Nec

31 Nec obstabit vltimum quod omnis negotiatio clericis interdicta ratione status clericalis respondetur quod non omnis negotiatio clericis prohibita est œconomica enim negotiatio quæ circa curam familiæ versatur etiam episcopis licita est quia de familia sua debet esse solicitus & ad ipsius indigentiam attendere ex Paulo ad Timot.3. Thomas 2.2.quæst.77. art.4. Duen.reg 11. Auenda respo 33. num.4. Trocius lib 2.cap.52.à num.3. Grafis in aureis decis. lib. 3.cap. 2. a num.6. Nauar.in manu c. 25.num. 110.

Vnde etiam si prælatus vel clericus lucratiuam exerceat negotiationem adhuc licite facit quando res emptas ad negotiandum ipse sua industria mutauerit auxerit vti non eadem res sed diuersa dici valeat illa quæ modo distrahitur prout si equum emit quem meliorem reddidit & pinguiorem vel lanam ex qua pannos composuit Zerola in prati episcopal 10 §.1.vers. clericus, Lelius Zechius de Rep.ecclesias titul.de clericis § 7. vers.47. fol. 450. Sa in aphorism. verbo clericus nu.21. Tiraq.de nobilit.cap.35.nu.19. Vnde iuris, & Conciliorum prohibitiones intelligi debent de ea negotiatione in qua res sine vllo facto extrinseco negotiantis, permutantur venduntur, distrahuntur mittuntur vel habita fide de precio dillata solutione venduntur quia hæc negotiatio quæ mercatori soli cõuenit, ratione status clericalis non conuenit, nec nobili, ex Aristol lib.1.polit.cap.6.& 7.Soto de iustitia quæst.2.art.2.in princ. Salzed.d.c.55. Nauar.de spolijs §.2.nu.3 ad fin.

Vnde illud videtur sine dubio quod licet verim sit quod qui contra Canonum decreta negotiationi se immiscet legum præcepta violet & pecet nõ tamen tenetur ad restitutionem acquisitorum cum non offendatur iustitia commutatiua nec dominium acquisitorum, amittit Frater Ludouicus Lopes in instruct.1.part.c.105.Sairo in Thesaur. casuum lib.10.c.22. num.32. Soares de societate 1.tom.tract.2 lib.1. c.22.ex num.7.resoluit Gregor. part.1. titul.6. l. 46.in verbo contra voluntad.nec tenetur sic lucrata in pijs operibus expendere nisi ex consilio Thomas 2.2 quæst.32.art.7.& in 4.decis. 15.quæst.2.art.5. Soto de iustit. lib 4. quæst.7 art.1 Medin.de elemosyn. facien.ex bonis illicite acquis. Nauar. in manu c.17.num.12 Lassarte de gabel c.19 num.20.nec taliter acquisita reseruantur Cameræ Apostolicę attẽto iure sed ecclesiæ propriæ quando de illis non disponat ex Glos in c.non dicatis 12. quæst.1. Nauar.d.§.7. num. 4. Rodoan.de spolijs quæst 12.idem Nauar.in apolog quæst.1.moni.24. Vnde acquisita ab episcopo ex patrimonialibus reseruabuntur eius hæredibus, si ex bonis ecclesiæ ipsius successori si episcopus vero sit Monachus acquirentur suæ ecclesiæ.Quare si Cameræ Apostolicæ reseruata essent acquisita foret vtiq; ex d. legibus extrauagantibus quas vsu non receptas in Lusitania constat vt supra diximus.

De bonis appostatarum.

32 Si ad iuris fontes attendimus, quæ á Monacho acquiruntur non ipsi sed monasterio acquiri intelliguntur, auth ingressi C. de sacros. eccles. Abb.in cap.fin de regul. vnde etiam si apostata factus ditescat monasterio acquirit tanquam seruus domino c. Abbates 18 quæst 2.c. non dicatis 12. quæst.1. Nauar de regular coment.2. num 33.& de spolijs §.7 Frater Emanuel Rodrigues de regul tom.1 quæst. 30 art.12. Azor tom.1. Moral.lib 12. cap.16.quæst 8 Mo.in disput.140 nec vllibi legitur hæc bona Cameræ Apostolicę

Apostolicæ esse reseruata nisi quando religio in qua talis Monachus professus est sit incapax bonorum.

Hæc omnia aliter in d. Bullis Pij IIII. & Gregoris XIII. disponunutur, & ius nouum constituunt in quo vsu huius regni receptæ non fuerunt, sed Maiestate Regiæ placuit, & circa apostatarum bona Camera Apostolica cum his quos tangit agere posit, pro his spolijs colligendis, vt patet ex Regis epistola cuius tenor est.

Por carta de sua Magestade de 9. de Setembro de 609. diz que nas duuidas que aqui se tem mouido com os Colleitores Apostolicos sobre os spolios, & outros particulares se diga ao Colleitor da parte de sua Magestade, que sua Magestade mandou ver com toda a diuida consideração, & com intento de se dar inteira satisfação a Camara Apostolica no que fosse iusto, nas pretensões que por parte de seu antecessor se intentarão em materia de spolios, & que sendo informado como nunca neste Reyno os ouue, nem dos Bispos, nem dos Clerigos, seculares, ainda que fosse de bẽs acquiridos por negociação, & que nesta posse està de tempo immemorial sem auer cousa em contrario. Que sua Magestade pola obrigação que tem de conseruar seus Reynos nas exempções que lhe tocão, & não consentir que em contrario dellas se fação, & introduzão nouidades, he sua tenção nesta materia que por nenhũa via se consintão os ditos spolios, & que assi o tenha elle entendido, & que para se continuar, & conseruar a posse em que este Reyno esta, naõ he necessaria outra algũa diligencia, & que no ponto dos bens dos religiosos appostatas que morrem fora da clausura posto q̃ não carecia de muita duuida com tudo por sua Magestade querer que no que ouuer algũ fundamento se escuse cõtradiçaõ, podera elle requerer & seguir o direito q̃ por parte da Camara Apostolica se o pretẽde sem que pola dos ministros de sua Magestade se accuda nem faça officio algum em contrario. E que isto he o mesmo que em Madrid se lhe disse de sua parte com que tem por certo que se aquietara, & que na confirmidade desta resoluçaõ se proceda & se auise dela aos Tribunaes & aos ministros que paracer, & que polo gouerno se de ordem necessaria para os bems que estiuerem embargados de spolios se entregarem com effeito a quẽ pertencerem.

Ex quibus fundamentis sententiam sapientissimi Præsidis cõfirmauimus, iussimusque vt Collector omne spolium restitueret hæredibus defuncti quia in hoc regno non erant d. Bullæ receptæ & iuditium d. præsidis erat competens quia Collector non habet in regno superiorem de quo late diximus de manu Regia & in nostra Armonia aduersoriorũ iuris Regij. Scriba Azeuedo.



SVM-

SVMMARIA.

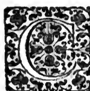
1 *Collatio ex capite vitãdæ æqualitatis in quatuor casibus habet locum.*
Filius emancipatus omnes donationes conferebat ex titulo de collatione bonorum.ibi.
2 *De iure Regio omnes donationes conferuntur siue à principio valeãt siue non.*
Conferri debet emphyteusis à parẽte in vita donata.ibi.
3 *Interpretata Ord. lib. 4. tit. 97. §. 22.*
In nominato ad emphyteusim duo casus considerantur quod vel est hæres vel repudiat.ibi.
Si est hæres tenetur emphyteusim donatam in vita conferre.ibi.
Excepto casu si pater reseruauit vsumfructum.ibi.
4 *Si filius repudiat conferre non tenetur.*
Ad considerandam inofficiositatem habet donatarius electionem vel temporis donationis vel mortis.ibi.
Fructuum perceptorum ex re donata non debet fieri ratio quia percepti à re sua.ibi.
Si pater donat filio fructus maioratus non tenetur illos conferre.ibi.
5 *Ordinatio considerat emphyteusim inter bona donantis.*
Quando à patre filio donatur emphyteusis habetur ac si pater emphyteusim vendidisset, & filio tradidisset pretium.ibi.
Interpretata Ordinat.d §.22. ibi, estimação.*ibi.*
Ordin. d.§.21. explicanda est per §.3.eiusdem tituli.ibi.
Qui non vult hæres esse non confert,nisi quando lædit fratres.ibi.
Donatio quæ excedit legitimam filij,& tertiam parentis excessiua est.ibi.
Interpretata Ord. d. titul.97.§.3.
Filius qui abstinet adhuc confert excessum legitimæ.
Fructus non augent rem donatam à patre. ibi.
Cum sint percepti fructus ex re propria nec imputantur nec conferuntur.ibi.
5 *Emphyteusis traditæ in vita æstimatio imputanda est.*
Si cessat collatio hoc casu nõ cessat refusio excessus. ibi.
In emphyteusi empta filius nihil conferre tenetur si nominatur à patre post mortem suam. ibi.
Eo tamen casu refundit fratribus pretium. ibi.

Rr Nomi-

Nominatus ad emphyteusim si meliorationes excedunt tertium defuncti confert excessum. ibi.
In hoc casu filius est peoris conditionis quam extraneus cui si fit donatio non confert. ibi.
Lex non præsumit quod pater donabit extraneis. ibi.
Filijs facilius parentes donans in præiuditium aliorum. ibi.
Extraneus in hac materia & filius æquiparati sunt. ibi.
Si in extraneo admittitur precij refusio si excedant tertiam defuncti meliorationes idem admittendũ est in re ipsa. ibi.
6 *Interpreta Ord. lib. 4. titul. 97. §. 22. cum §. 3. eiusdem titul. 1.*
Illa verba, lhe sera emputado, *debẽt intelligi de imputatione impropria. ibi.*
Casus omissus à lege Regia non debet decidi à iure Romanorum sed à Regio si extat.

DECISIO LXXXXVI.

An emphyteusis æstimatio quæ in dotem data fuit & tradita, debeat in collationem deduci, ad Ordinat. libr. 4. titul. 92. §. 3. & §. 22.



CVm Florinda Mergulhoa filiæ suæ emphyteusim magni valoris traderet per donationem inter viuos vt statim fructus ipsius perciperet, & post aliquot annos decessisset Franciscus Leitão, qui alterã filiam duxerat, petijt à sorore, vt collationem faceret dotis receptæ, & conferret emphyteusis valorem, seu æstimationem. Rea se defendebat eiusque maritus, quòd sua dote contenti hæreditati renuntiauerant, & quod cessaret omnis conferendi obligatio, quia Ordinatio Regia libr. 4. titul. 97. §. 3. iuncto §. 22. ibi, *seja obrigado o dito filho ao trazer a collação se quizer herdar com seus hirmãos*, non aliter obligat filium ad conferendam æstimationem emphyteusis nisi sit hæres, ibi, *lhe será imputado no seu quinhão a valia & estimação do prazo que valia ao tempo que lhe foi dado*, & in confirmationem huius partis sententia à iudice prolata fuit, solumque Ream condemnauit vt conferret meliorationes, in emphyteusi factas, ex his quæ Valasc. de parti. cap. 13 nu. 122. & ab æstimatione ipsius absoluit.

1 Sententiam duxere confirmandam D. Nonius d'Afonsequa Cabral, & D. Didacus de Brito à quibus dessessi, & notabam quod de iure communi collatio quæ fit ex capite vitandæ inæqualitatis, solum in quatuor casibus habet locum, in dote vt in tit. de collat. dotis, l. filiæ. C. de collatio. in donatione propter nuptias, l. vt liberis C. de collatio, in militia vendibili l. pen. §. 1. C. de collatio, vltimo in donatione simplici, quando pater dotẽ alteri filio, alteri simplicem fecerit donationem, qui est casus specialis in d. l. pen. §. fin. excepto filio emancipato qui

qui omnes donationes etiam simplices conferebat ex titulo de collatione bonorum, sicque procedit l.si donatione C.de collatio.

2 De iure autem Regio non solum hæ donationes conferendæ sunt, sed & aliæ simplices siue à principio valeant siue non, & pariter debet conferri emphyteusis á parentibus in vita donata, vel si quid ex parentum bonis ratione emphyteusis ad filium deuenit, Ordinatio. libro 4. titulo 97. §. 22.

3 Vnde cum Regia Ordinatio nõ egisset de emphyteusi in §.3. d.libr.4. titul.97.in §.22. de eo casu meminit, in quo duo casus comprehenduntur alter est quando filius nominatus vult esse hæres, secundus quando hæreditatem paternam repudiat. In primo casu donata emphyteusi in vita tenetur filius eius æstimationem conferre fratribus, non tamen simpliciter, nisi quando ipsa emphyteusis traditur fruenda, quia si pater vsumfructum reseruauit, non est collationi locus, cum potius videatur simpliciter nominatus post mortem, quantumcunque irreuocabiliter emphyteusis translata sit, vt ex æquiori sententia dixit D.Caldas Pereira de nomin.quæst.18. numer.3.Valasc de parti. cap.13.num. 126.& 133.

4 In secundo casu quando hæreditatem repudiat filius videtur in ea Ordinatione quæstio decisa vt non teneatur à contrario sensu quod argumentum valet, quando absurdum nõ sequitur, Surdus decis.41. & cons.361. num. 40. maxime quia consonat iuri talis interpretatio, secundum quod solum attenditur donationis inofficiositas, vt seruetur æqualitas inter filios, Valasc.de partitio. cap.15. num. 83.& cons.189.numer.27.& habet nominatus electionem vtriusque temporis, donationis vel mortis donatoris, ex Ordinat. libr.4. titul. 96. §. 4. Cum ergo tempore mortis capiat à patre illo tempore electo cessat inofficiositas, nec debet aliqua consideratio fieri fructuum quos donatarius in vita patris recepit, quia hos accipit á re sua, & succedit Ordinat.libr.4 titul. 97. in princip. quæ non obligat ad fructuum rei donatæ collationem, Valasc.d.cap.13.num.14. & in filio abstinente capit.15. numer.88. D. Caldas Pereira de nomin.quæst.18. sicut alias si pater cedit filio maioratum, & ipse fructus in vita patris percipit, ad collationem illorum minime tenetur Thomas Vaz allegat.59 nu.4.

5 Verum his non obstantibus ego contrarium sentiebam quia Ordinatio Regia considerat emphyteusim inter bona donantis d.§.22. Valasc.q.1. num.23. & quando à patre filio donatur perinde habetur ac si ipse emphyteusim vendidisset, & filio tradidisset, prætium ipsius, & ideo consulto vtitur illo verbo *estimação*, quasi filius eo casu æstimatam accipiat emphyteusim, vt non ipsam sed eius æstimationem conferat, argum. l.si æstimatis ff. solut.matrimon.nec aliud probat Ord. d. §. 22. á contrario sensu quia debet explicari per §. 3.supra eod. titul. vbi cauetur filium cui donatio facta est non teneri conferre donationem, á parente factam, si abstinet, nisi quando fratres lædat, quia donatio excedit legitimam & defuncti tertiam, quod in nostro casu dabatur, quia emphyteusis erat magni valoris, vnde cum appareat talem donationem excedere legitimam filij, & tertiam parentis, nulla iuris ratio patitur ne æstimatio conferenda non sit, alias namque possent parentes emphyteuses vni ex filijs donare in vita, ex quarum fructibus esset alenda familia, & patrimonium commune augeretur, & filiorum legitimæ ex redditibus ipsarum excrescerent, & hoc modo attenuarentur legitimę, fraudaretur æqualitas

diuisionis, & vnus omnem patris substantiam absorberet. Nec obstabunt quæ supra pro contraria opinione adduxi, quod hæc procedunt quando vult esse hęres, & cum sub illa conditione sit filius obligatus, illa deficiente non tenetur, l.pecuniam, vers proinde ff.si cert. petat. Valasc. 1.tom.cons.82. num. vltim in fine.

4 Quia in d §. 3.clare disponitur quod si filius abstinet adhuc tenetur restituere excessum legitimæ cũ ergo emphyteusis sic ęstimata, vt traditur legitimam excedat, & tertiam defuncti, reliquis coheredibus ille excessus restituendus est, vnde licet fateamur in hac ęstimatione emphyteusis, non computandos fructus ex ea perceptos, ex Ordin.d titul.97.in princip Valas. de partitio.c 15.num.87. ex sententia Seguræ in l.1.§ si vir vxori ff acq.poss. Molin.Theolog 2.part. disputat.238. § quando autem, quia fructus non augent rem donatam idem Valasc. dict. cap.15 num.88.& sic non imputantur nec conferuntur, Surdus cons.388.nu. 20 facit l. scimus § repletionem Cod. inoffic.testam l.iubemus C.ad Trebel. idem Surdus cons.291. num. 21. quia cum percipiantur ex re propria, nec imputari nec cõferri possunt, Surdus d.cons 388 num.20 Gregor. in l.8 tit. 4.part.5.gloss.12.ad finem, solum enim quo dantur fructus simpliciter conferuntur Gama decis. 118. nu.1.

5 Tamen adhuc restat an sit imputanda ęstimatio dict.emphyteusis,& videtur quod sic nec obstabit quod cum non fuerit empta, non est conferibilis, imò videtur capi tempore mortis parentis l.à patre C.de collatio. & non à donante sed à primo ex reg. l.vnum ex familia ff.de leg 2 Vasallegatio 59.numer 6. Quia satisfit quod etiamsi in hac emphyteusi cesset collatio, non tamen cessat refusio, seu restitutio excessus, quia hæc emphyteusis non capitur à domino, sed à nominante, qui patrimonium fraudat,& reliquos filios priuat fructibus, ex quibus augeretur paterna substantia, nec capit tempore mortis paternæ sed in vita ipsius, quia tempus mortis in Ord. lib.4 titul.97 §.4 solum considerarur ad æstimationem ipsius rei donatę, vt hoc vel illo tempore accepta res censeatur data, vt augeatur vel minuatur ipsius valor, quod executionem actus respicit, non substantiam traditionis, quæ facta fuit in vita,& illico debetur, rei traditæ ęstimatio, reliquis filijs, pro ea parte quæ legitimam excedit,& defuncti tertiam, & sic ex antiquiori, & prima causa, regulatur talis donatio, sicut alias in emphyteusi empta idem Valasc.d cap.13 num.104. Cuius emphyteusis emptæ est optimum simile, quia in hac filius nihil conferre tenetur, si nominatur à patre post mortem suam ex reg dict l.á patre, & tamen eo casu refundit fratribus prætium ipsius, seu illi imputatur, vel si nominans meliorationes fecisset, ne insurgat inæqualitas, respectu fratrum, & videndus est idem Valasc. dict.cap.13. num. 121. vbi tenet quod si excedat legitimam & tertiam etiam conferat excessum, maiori ergo cum ratione si fuit tradita in vita.

6 Quod si quis replicet, filium hoc casu esse deterioris conditionis, quam extraneum, qui nihil confert, nec refundit respondetur, quod non præsumit lex, patrem posse res proprias extraneo donare, & ideo maior prohibitio reperitur in filijs, quibus parentes facilius donant in fraudem aliorum, & nihil mirum si in hoc filius sit deterioris conditionis, sed si bene hoc percipiatur, videntur æqualiter procedere, quia sicut extraneus cui emphyteusis donatur meliorata meliorationes deducit de tertia defuncti, vel prætium, quo empta est emphyteusis, Valasc.d c.13.nu 125. sic filius cui donatur, habet obligatam tertiam patris, vel

vel vtriusque parentis, si vterque donauit, vt donatio repleatur Ord d. lib. 4. titul. 97. §. 3. & 4. secundo quia sicut filius, æstimationem quæ excedat, d. legitimam & tertiam refundit, sic pariter extraneus, quando tertia non reperiatur, vel non sufficiat, quia præiudicium generaretur filijs, contra regulam l. 1. l. si totás, l. si liqueat Codic. inoffic. dona. Valasc. d. cap. 13. nu. 125. Si ergo in extraneo admittimus refusionem, & restitutionem prætij vel meliorationum quæ legitimam partem excedunt, idẽ necessario dicendũ est in re ipsa quæ excedit ne quod in parte admittimus in toto negemus.

6 Vnde necessario intelligi debet Ordin d. §. 22. comprehendere hunc casum intellecta ex §. 3. & dum in d. §. 22. dicit, *lhe será imputado*, non debet intelligi de vera imputatione, inter hæredes, sed de imputatione impropria, accepta pro refusione, vt in hoc regno accipi testatur Veiga insignis præceptor primarius in §. quædam instit. de actio. vel rursus dicendum quod hic casus, quando hæres non est, tanquam omissus, debet decidi non à iure communi Romanorum, sed à iure Regio quod nostrum ius commune est, de quo egerat Legislator in d. §. 3. Sed his non obstantibus quæ pro illo tempore non displicuere, sequenti domino peritissimo Vicentio Nogeira aliter visum fuit, & eam primis senatoribus sententiam scripsit, ne filia emphyteusim donatam in vita cum translatione fructuum, conferat si hæres esse noluerit. Scriba fuit Machado.

SVMMARIA

1 Ex Regia dum casus excipit in quibus non requiritur publica scriptura mercatorum non meminit.

Mercatorum causæ videntur esse sub regula. ibi.

Consuetudo solum circa literas cambij versatur vt in illis publica scriptura necessaria non sit. ibi.

Consuetudo paulatim inuexit vt non solum in literis cambij verum in alijs causis scriptura necessaria non sit. ibi.

Consuetudinis maior est vis quam legis. ibi.

Lacedemonij potius iure non scripto vtebantur. ibi.

Interpretata Ordinat. libr. 3. titul. 59. §. 13.

2 *Ordinat. admittit inter mercatores probationem per testes in his quæ incidunt in contractu.*

In contractibus mercatorum qui fiunt per scripturam incidentia probantur per testes. ibi.

3 *Ex Epistola non nascitur obligatio.*

Quando testes deponunt se vidisse scribere quam fidem faciant. ibi.

4 *Epistola mercatoris & alterius personæ deferunt.*
Epistola si consentit is ad quem mittitur pro pacto est.ibi.
Inter absentes duo sunt pasciscendi modi per epistolam vel nuntium. ibi.
Epistola est tacitus nuntius.ibi.
5 *Epistola confessata plene probat.*
Si habet testes & subscriptionem vtriusque partis plene probat alias secus.ibi.
6 *In Epistolis mercatorum sufficit vt earum fides testibus comprobetur.*
Inter libros mercatorum & epistolam non est differentia.
Epistola mercatorū videtur quod fidem faciant vt ex illis agi possit per assignationem decendij.ibi.
Intellectus l.fin.ff. de institoria.
7 *Interesse peti non potest nisi probetur cur illa solitū pecunia petentem negotiari.*
Lucrum cessans non excedit principale.ibi.
Interesse ex interesse non debetur.ibi.

DECISIO LXXXXVII.

An in contractibus mercatorum requiratur scriptura publica, & an testes qui deponunt de litera scribentis sufficiant, ad Ord.lib.3.tit.59.§.13.



CONfessus est Alphonsus Luys, per epistolam se recepisse à Francisco Rodriguez 160. mille nummos, vt ex illa pecunia triticum emeret mandatori, cumque postea nō stetisset promissis, d. Franciscus eum interpellauit pro pecunia, & interesse lucri cessantis, negabat Reus epistolam, qua confessio recepti continebatur; quia tamen testes aderant in processu, qui eam esse Rei affirmabant, dubitabatur de sequentibus Primo an inter mercatores contractus probari posset, sine publica scriptura: secundo an sufficeret testium assertio, qui dicebant epistolam esse Rei, quia notam habebant eius literam, vt plene probaret: tertio quale interesse hoc casu taxandum foret.

1 Et circa primum, si ad legem Regiam libr. 3 titul. 59. attendimus, generalem regulam constituit circa omnes contractus, vt per scripturam celebrentur, & inter plures quos excipit mercatorum non meminit, videntur ergo esse sub regula huius opinionis extitit Gama decis. 238. solum excipiens literas cambij, quibus ex consuetudine aliud receptum testatur quem sequitur Valasc.cons 177.nu.8. ponderans ad id Ordinat. d. titul.59. §. 13. & §. 19. vbi agit de proxonetis quibus mercium venditio commendatur, & cum sint mercatorum res adhuc scripturam desiderat, cum tamen illi mercatorum merces distrahant publica authoritate; in quo maior erat ratio permittendi, vt cōtractus valeret,

valeret, & licet hæc vetustati placuissent, illa tamen consuetudo quæ induxit, vt literis cambij contra rigorem huius legis, plena adhiberetur fides vt publicis, paulatim & per quandam tacitam alluuionem maiora induxit, vt in omnibus contractibus mercatorum, in quibus id qualitas negotiorum exigit, nulla scriptura publica necessaria sit, & sanctiora sunt quæ moribus afferuntur, quam quæ imperantur legibus, quia hæ dantur in vitis ab eo qui plus potest, illa consensu omnium incipiunt, per vim namque sunt leges, & plebiscita coacta, consuetudo vero vltro suaui paulatim in mores hominum influit, & bono publico constituta censetur. cõsuetudinem regiones attendendam, commendat D. meus Caldas Pereira de nominat. quæst 71. num. 11. quæst. 23. num. 7. & 10. Bart. in l. de quibus ff. de legib & est fortior priuilegio Surd. cons. 165. num. 11. & 262. num. 19. verborum & rerum est domina, ex Cuia. tom. 1. fol. 405. lit. C. & ideo Lacedeminij potius iure non scripto vtebantur, idem Cuia. 2. tom. fol. 127. lib. B.

Ex quibus in multis casibus in senatu occurentibus, inter mercatores non desiderari scripturam placuit, quod videtur deduci posse ex Ordinatione d. titul. 59. §. 13. dum inter mercatores societatem inientes admittit, probationem per testes, in his quæ inciderint in ipso cõtractu à principio per scripturam celebrato, cum tamen eadem lege Regia in §. 11. cautum sit quod si à principio per scripturam contractus sit celebratus, accidentalia contractus, solutiones & similia, testibus non probentur, Gama decis. 264. Cabed. Arest 40. 1 part. Vas alegat. 72. quod tamen in d. §. 13 in contractibus mercatorum remittit, cum ergo in casu magis arduo indulgeat, vt testibus fiat probatio, quando cõtractus à principio celebratus est per scripturã, à fortiori debet admitti, vt ipse contractus principalis sine scriptura fieri possit, & ita obseruari testatur decis. Genuæ 142. vbi refert dictum Zabarellæ cons. 153. cuius rei argumentum non leue præstat Ord. lib. 1. titul. 51. §. 2. quod repetit eadem Ord. d titul. 59. §. 17. vt illud quod in literis cambij consuetudo introduxit, eadem æquitate suggerente & boni publici considerat ione, & contrahentium securitate ad omnes pactiones porrigatur, faciunt quæ Bart. in l. nuda num. 8. ff. de dona. ibi, *& approbat hoc consuetudo &c.* cuius reiect, ratio quia mercatores gerunt quasi publicum officium ex Bald. in rub. C. constit. pecun col. pen. Vnde literis cambij mercatoris merito creditur vt publicæ scripturæ vt nulla recognitione indigeant Ord. lib. 3. titul. 25. in princ in alijs vero mercatorum chyrographis verius est valere in illis casibus in quibus inter alios scriptura publica requiritur licet illis nõ credatur vt publicis scripturis quia in his semper requiritur vt præcedat recognitio partis Ordinatio d. titul. 25. §. 9.

3 In secunda quæstione de epistola à testibus recognita, videbatur insufficiens, & illigitima probatio, ex his quæ in l. publia §. Titia ff. de pos. vbi ex epistola nõ nascitur obligatio, nec ex alia qualibet priuata scriptura, prosequitur Parlador. lib. 2. §. 5. cap. 1 vbi late & requiritur quod testes deponãt, se vidisse scribere, auth. de fide instrum. in prin. & in §. 1. col. 6. Afflict. decis. 81. Rota Genuæ decis. 18. num. 3. Menoch. cas. 144. num. 22. nec sufficit vt literã notam habeant Valasc d. cons 177. nu. 4. quia insuper requiritur literarum comparatio, Parlador. vbi supra Masc. conclus. 330 & etiam eo casu semiplena tantum componitur probatio, in hoc tamen regno iunctis his probationibus per testes, & comparationem plenam resultare dicit Valas. cons. 67. nu. 14.

numer.14. & etiam altera eorum deficiente, vel imperfecta vt d. num. 14. in fin.

4 In quo articulo ego distinguendum puto inter epistolam mercatoris, & alterius personæ vt scilicet cuiuslibet tertij epistola, si ille non dissentiat pro pacto sit, vt in terminis l qui negotia ff mandati, ibi, *Epistola ad eum misit qua significaret certam summam ex administratione apud se esse, &c.* Atque ita epistola cui consentit is ad quem mittitur pro pacto est, quia pacta recte fieri posse, per epistolam probat l.2 ff. de pact. explicat Cuiat. ad Afri. in d.l. qui negotia 2.tom fol.mihi 2047. duo namque sunt modi paciscendi inter absentes, per nuntium, & per epistolam, epistola est tacitus nuntius, vt Epictetus Adriano Imperatori respondit, & è contra nuntius est epistola loquens, pungit Cuiat. ad titulum ff. de obligatio & actio in l.2. & cum his casibus nudo consensu contrahatur, nascuntur actiones bonæ fidei, quæ obligant vtrunque contrahentem, in id quod ex æquo & bono idest ex bona fide inuicem dari frui præstari oporteat, §.1. instit de autor tutor. l. incômodato §. sicut ff cômodat.

5 Vnde fit quod in epistolis particularium personarum, obtinuit sententia Bartoli in l nuda n.6. ff. de donatio, vt si epistola confessatur plene probet, l publia ff. depositi § fin. l. cum de indebito §. fin. ff de probatio, l plures §. fin. C. de fid. instrum. l. rationes C. de probatio. l. non nudis. l. non epistolis C. eod. Si vero quis negat suam esse, tunc vel habet subscriptionem vtriusque partis, & testium quibus ad testantibus plenam facit fidem sine alia côparatione, l. scripturas. C. qui potiores si deficit subscriptio vtriusque partis, tunc si testes adsunt eiusdem scripturæ, vel alij qui inter fuerunt iuncta comparatione, plena resultat probatio, dummodo tot sint testes, qui sufficiant ad contractum, auth atsi contractus. C. de fid instrum. altero eorum deficiente semiplena probatio fit, auth de fide instrum §.1. late Bart. in l. admonendi ff. de iur. iur. & in l. Lutius. ff. de fideiuss.

6 In epistola vero mercatoris (cuius officium quasi publicum est, vt inquit Bald. in rub. C. de constit. pecun. col. pen. & eos succedere in locum eorum qui olim eligebantur publica authoritate, dixit Bart. in d.l. nuda ratio ff de donat. numer.8.) quia in eorum contractibus exuberat bonas fides, facilius probatio inducitur, ita vt videatur sufficere quod testium assertione epistola comprobetur, qui charecteres scribentis noscant, quando epistola scripta sit manu illius de cuius obligatione agitur saltem subscripta, vel quia ipsi interfuerunt scripturæ, quæ probatio sufficiens est, ex Bart. sententia in d.l. nuda ratio in fine referentis se ad probation, quæ requiritur in libris mercatorum, vbi ex ista comparatione perfectam probationem induci, dixerat, ibidem n. 9. Cuius rei est ratio quia mercatorum epistolæ, & literæ de se probant plene ex consuetudine, & attento iure, eorum libri côtra eos plene probant, ex sententia Bart. in l quidam § numularios num.2. ff. de edend. inter librum & epistolam nulla ratio asignari potest, vt sentit Bart. in d.l. nuda in fine, vbi in comparatione epistolæ se remittit ad librum, quo dato probatio testium hoc casu solum naccessaria est, ad factum comprobandum, vt appareat ipsum scripsisse, quod vbi constiterit litera efficacem producit effectum, quod si consuetudini stamus quæ his epistolis super mercibus plenam adhibet fidem, adhuc videtur ex chyrographo mercatoris, posse procedi per asignationem decem dierû, non expectata eius recognitione, sicut fit in chyrographo nobilium, & aliorû quorum scriptis creditur vt publicis, de quo

de quo diximus supra: quia tamen lex Regia non loquitur de Epistolis quorum vsus non ad obligandum introductus est, sed vt cum absentibus colloquamur, non potest fieri extensio de chyrographo ad Epistolam, circa modum procedendi, & ideo merito debet prius illud factum probari nempe manu debitoris fuisse factam, vel subscriptam, & sentit Bart. d. loco, & ideo tecipitur ex Felin. in cap. 2. de fide instrum. num. 17. Deci. 16. Ripa in l. admonendi num. 132. Alex. qui sibi non satis constat in cons. 58. num. 1. vol. 7. Zazius libr. 2. Respons. respons. 25. & ad hoc videtur reducenda gloss. 1 in d. cap. 1. dum allegat dict. l publia, quandiu enim de contrario non constat, satis probabile est epistolam veritatem continere, sicut in literis argentariorum, & similiũ probare contra ipsos videmus etiãsi nec diem nec annũ habeant, & nulli adsint testes, præsertim contra acceptantes, vt probat Bald. cons. 120. volum. 2. Hipol. in rubr. C. de probatio. numer. 285. Ripa libr. 3. respons. 11. Salycet in l. si filius numer. 11. ff. ad Macedo. Paris. cons. 19. numer. 105. volum. 2. Corras. in repet. l. admonendi numer. 68. ff. de iur. iur. Benau. libr. de mercatura titulo quomodo in causis mercator fol. 472. numero 15. Vnzola in practic. notariat. cap. 2. nu. 34. tom. 11. tractatuum, & in epistola est elegans tex. in l. fin. ff. de institor. vbi quærit an terminalis posset conueniri ex sua epistola, & respondit, non posse quia ad fidem mensæ protestandam scripsisset, quasi significet, quod finito officio non tenetur institor. ex epistola, quam nomine mensæ & officij misit, secus tamen esse si durante officio conueniretur.

8 Circa tertium de interesse petito est regula quod non sufficit potuisse negotiari cum pecunia nisi probetur quod negotiauit, l. si sterilis §. cum per venditorem ff. de act. emp. ibi, *nec enim si potuit ex vino negotiari. &c.* soli mercatori illud cõcedit l fin ff. de pericul. & commod. rei. vind. ibi, *velutisi negotiator fuit*, & cum hic peteretur lucrum cessans, hoc non excedit principale ex his quæ Gama decis. 218 nu. 8. ad exemplum Ordinationis libr. 4. titul. 70. D. meus de emption. cap. 29. Cuiac. libr. 9. obseruat. cap. 31. Alciat. libr. 1. parerg. cap. 33. nec interesse interesis deberi, & peti potuit, ex his quæ Franchis decis. 254. numer. 14. Baptista in l curabit ff. de actio. emp. num. 120. ex ratione l. si non sortem §. 1. ff. de condict. indeb. Ex quibus placuit reum ex sua epistola testibus comprobata condemnandum, & quia docebat se in carceribus detentum, & legitime impeditum imò & causa Actoris quia eius triticum emerat contra prohibitiones loci, ipsum ab interesse absoluimus.



SVM-

SVMMARIA.

1 *Onatio ad suscipiendos ordinis est modalis.*
Proœmium declarat causam finalem actus.ibi.
Mens ex præfatione conijcitur. ibi.
Actus per modum gesti obligant ad præstandam cautionem de modo implendo.ibi.
Modus & conditio quoad effectum æquiparantur.ibi.
Differunt tamen in aliquibus. ibi.
Modus pertinet ad causam finalem.ibi.
Conditio pertinet ad formam. ibi.
2 *Modus ad suscipiendos ordines est finalis.*
3 *Modus mixtus qualis sit.*
Modus mixtus deficient per casum non facit deficere relictum.ibi.
Modus deficiens per casum in persona alterius quam legatarij non habetur pro impleto.ibi.
4 *Fauore vltimarum voluntatum cōditiones habentur pro impletis.*
Secus est in contractibus.ibi.
5 *Quod hoc casu dispositio non fuerit modalis.*
Modus vel fit affirmatiue vel negatiue.ibi.
Relictum ad ordines potius ex causa impulsiua relictum censetur. ibi.
6 *Dato causarum concursu impulsiuæ & finalis illa quæ ex sanguine elicitur præualet, quæ est impulsiua.*
Modus vt cognoscatur an sit finalis vel impulsiuus quia cōsiderandum. ibi.

DECISIO LXXXXVIII.

An donatio ad suscipiendos ordines sit modalis, & mortuo donatario ante susceptionem an transmittatur, ad Ordin.libr.4. titul.62.

D suscipiendos sacros ordines Emanuel Mestre dotem constituit filio sororis, Simeoni Gonçaluez qui studio literarū humanarum incumbebat, & in donatione illa, verba erant quod purè & liberè

berè donabat bona quæ ascendebant valorem 120. mille nummorum, & paulò inferius repetit, quod talem donationem facit, vt cum illa ordinari valeat, adijciens insuper clausulam constituti, promittens se non contra venturum, mortuus est donatarius, ante sacrorum ordinum susceptionem, & quia defunctus donator, alias donationes cum alijs personis post primam exercuit, dubitabatur inter ipsos, & hæredes donatarij, quæ ex donationibus præferri debuisset, & an hæc donatio euanuerit morte donatarij ante ordinum susceptionem. Cuius dubij resolutio pendet à tribus; primo, an talis donatio fuerit modalis; secundo, an modus expressus vel impulsiuus vel finalis sit; tertio, an modus mixtus deficiens per casum faciat deficere donationem, & quia iudex sententiam protulit cōtra hæredes donatarij eo quod modus fuerit finalis, & non susceptis ordinibus nihil transmitti potuerit.

1 In senatu primus deliberauit eximiæ eruditionis senator sub illis tribus casibus suprapositis, & in primo illi videbatur quod donatio fuerit modalis ad suscipiendos ordines, quod colligitur ex ipsa dote, & proœmio ipsius, quod causam finalem actus declarat, l. pen. ff. de iuris & facti, ibi, *initium constitutionis*, declarat Tiraq. cess. caus. 1. part. lim. 1. Molin. de primogen. libr. 1 cap 5. num. 6. Bart in l. cum ij §. eam transactionem ff. de transactio, idem Bart. in l. 1. ff. ad Macedon. quia mens disponentis ex præfatione conijcitur, vt per Rebuff. 1. tom. ad leges Gall tit. de sentent. prouisional. artic. 1. gloss. 1. fol. 247. constat namque modum inesse, vt ordines suscipiat, & accipi pro conditione l. 1. C. de his quæ sub modo, & si contractus per modū gesti, licet puri existant, l. libertas 17. §. hæc scriptura ff. manumiss. testamento, ita vt ex illis statim agi possit id tamen fit præstita cautione, de modo implendo, l. libertam 22 §. Lucius ff. de annuis legat. l. si tibi legatum 18 ff de condit. & demonstra. vnde modus & conditio quoad effectum æquiparantur l. 1. & 2. ff. de his quæ sub modo, Cuiac. obseru. libr. 4 cap. 24. tamen differunt quia modus contractum purum relinquit, quem conditio suspendit, Cagnol in l. impossibilium num. 6. ff. de regul. iur. deinde modus ad causam finalem pertinet, Decius cons 350 numer. 4. §. modo 2. instit de obliga conditio verò pertinet ad formam, auth. matri Cod. quando mulier, Tiraquell. de retract. praxi. §. 1. gloss. 2. numer. 11. 12. & 13. Vezembecius in libr 4. Codicis ad titul de rebus cred num 85 in fine.

2 In secunda quæstione dicebant sapientissimi Senatores modum fuisse finalem quia fauore religionis, & pietatis, talis præsumebatur ex Galganeto lib. 4 cap. 4 quæst 9 num. 11. Mantica de coniecturis libr. 6. titul. 14. num. 15. quia donatio vt clericus fiat, non ad temporale comodum refertur, sed ad melius, quod in religione consistit, ac proinde non credendum intuitu personæ relictum, Ægidius in l. Titiæ 2. part. num 50 qui modus in proœmio fuit expressus, & vt talis finalis est, Tiraq d lim. 1. num. 64. Galganet 2 p. cap. 4 quæst. 1. nu 8.

3 In tertia quæstione videbatur quod in hoc casu modus erat mixtus quia non solum ad factum legatarij, sed ad factum Episcopi qui ordines conferre debebat referebatur, quo casu modus mixtus deficiens per casum idest mortem legatarij, non facit deficere relictum, Molin lib 2. de primog. cap. 13 n. 24 Galganet lib. 2. cap 3. q 15. à num. 1. Menoch lib 4. præsumpt 184. Couar. de testam. in cap. 3. numer 11. receptiorem dicit Costa lib. 2. selectar. cap 41. quod tamen obtinent, quando modus mixtus deficit per casum contingentem in persona alterius, quam legatarij quia tunc non habetur pro impleto,

impleto. Couar. d.num. 11. vers.nam etsi, Costa vbi supra num.fin.& in specie Ægidius vbi supra à num. 52. vbi agit de eo quem promouere noluit Episcopus.

4 Quod confirmatur quia triti iuris est quod in his casibus in quibus conditiones pro impletis habentur illud procedit fauore vltimarum voluntatum, l.1 & 2. C.de instit.& substi. vbi conditio deficiens per eum, cum quo erat implenda, pro impleta habetur, non secundum iuris regulas, sed extraordinario auxilio, vltimarum voluntatum. l.in testamentis ff.de reg. iur. Vnde non trahi debet, ille fauor, ad contractus, imò si conditio contrahendi matrimonium cum Titio deficiat per eundem Titium cum quo erat implenda non competit actio ex contractu, quasi impleta sit conditio, Riminal post Corneum & Ias.in d.l.1. nu.6. Costa in l.cum tale § si arbitratu limit.6.num.18.Molin lib.2.c.113. nu. 19. Cabed. 2.part.decis.31.num.16.ergo similiter etiamsi admittamus, quod modus mixtus deficiens per casum contingentem in persona legatarij nõ faciat deficere relictum, faciet tamen deficere promissum, & donatum cũ sit debitum ex contractu.

5 Verum his non obstantibus cõtrarium sensi, & in hoc casu nullum potuisse modum considerari sed donationem puram, irreuocabilem, & inter viuos, vt patet ex verbis donationis in principio relatis, quæ perpetuitatem & irreuocabilitatem ipsius cõmendãt, cum promissione de non reuocando, & clausula constituti, & succedit regula; l. perfecta donatio C. de donatio quæ sub modo l. vbi ita donatur ff.de donatio caus mor. modus namque cõcipitur per particulam vt, fiat vt aliquid, vel detur, l. 1. ff. condict.caus.dat. l.5.§.1.eod l.sunt autem 29.ff de legat. 1. aut per particulam, ne, negatiue, putà si detur ne fiat aliquid, l. si quis 39. ff.de iur.iur. ne furtum vel sacrilegiũ fiat, l.2. ff. de condict. ob turpem causam; item per verbum quia, vel eo quod, vt do quia, vel eo quod fecisti, vel facias l.Titio 71.§.1.& 2.ff.de cond. & demonstr l.cum ab eo 41 ff.de contrah.emp. Ex quibus cum in præsenti verba donationis, sonent in puram, & liberalem donationem, & irreuocabilem modus nullo modo dari potest, qui effectus habet conditionis vt supra tetigimus, & causæ finalis naturam induit, cum in præsenti potius censendum sit relictum ex causa impulsiua, prout in dubio potius præsumendum est, ex Tiraquel cessante causa limit.1. num.48. Mantica de coniecturis libr. 6.titul 14.num.15. Galganet. d.quæst. 9.numer.3. Peregrin.de fideicommiss. articul.11.num.125. Menoch. cons 78. num.17.& cons.268.num.7 & de præsumpt. libr.4. præsumpt. 184. Surdus cons.268 Mantica de tacitis libr 3.tit. 42 à num.9.

6 Vnde cum hæc donatio sit facta consanguineo pauperi, potius præsumendum est ex affectione processisse, & dato causarum concursu impulsiuæ & finalis, illa quæ ex sanguine elicitur quæ impulsiua est, præualet Surdus cons.361 vbi late nec aliud dicit Ægidius d.num.50. quia si bene videatur, procedit in modo expresso finali, qui modus vt eum dicamus finalem, vel impulsiuum, semper attendimus ad illum in cuius commodum dirigitur, quia si importat commodum dantis, vel alterius finalem eum dicimus, secus si recipientis, quia tunc dicitur impulsiuus, communis in l.Titio ff de condit. & demonstra. l. 2. §. fin. ff.de donatio, vnde cum hęc donatio non alterius quam ipsius donatarij cõmodum importet, ex impulsiua causa potius quam finali processisse dicendum est, nec in nostro casu, aliquem modũ considerari posse arbitrabar, cum de pura donatione constitisset, & sic cessat

labor

labor ex modo mixto non impleto per casum an faciat deficere relictum de quo l. in testamento 31. ff de cond. & demonstr. l. 4. Cod. de conditio inser. Doctores in l. turpia. §. sed etsi, ff. de lega. 1. Sarmiento selectarum lib. 2. cap. num. 9. Costa selectarum lib. 2. cap. numer. 8. & alijs, & ex his fundamentis ab vltimis collegis sententia reuocatoria scripta est.

SVMMARIA.

1 *Partus naturalis non est sub octauo mense.*
In hoc casu menses sunt solares. ibi.
In septimo & nono mense possunt deficere aliqui dies. ibi.
2 *Partus mense octauo non est naturalis.*
Sub initium mensis vndecimi partus est naturalis. ibi.
3 *Vt filia dicatur naturalis non spuria attenditur natiuitatis tempus.*
4 *Interpretata l. si ex libera Cod. de suis.*
Explicata Ordinat. libr. 4. titul. 92. §. 1.

DECISIO LXXXXIX.

An partus editus post 8. mensem cum dimidio sit naturalis, & an spurius iudicandus sic tempore conceptionis vel natiuitatis, ad Ordin. lib. 4. titul. 92.

CОnstante matrimonio Antonius Gomez ad famulam accessit, quæ eo soluto morte vxoris peperit, sub pondere mensis octaui, cũ dimidio, computato mortis tempore ex quo colligebatur filiam cõceptam fuisse viuente vxore: mortuo parente, reliqui hæredes defuncti eam tanquã spuriam repellebant, (de peditis nanque agebatur hæreditate) & tempus conceptionis dicebant attendendum fore, l. si ex libera Cod. de suis & legit. hæred. nam si partus editus fuisset sub octauo mense nullo modo viuere posset.

1 Partus namque naturalis septimo mense, nono, & vndecimo perficitur, in octauo autem non patitur natura ipsum vita frui, ex Hypocrate de Octomestri partu, & lib de Septimestri; Auicen. lib. 3. tracta. 2. cap. 2. F. Aristol. 4. historiæ animal. 4. Valesius libr. 2. controuer. 10. Galen. lib. 3. fac. nat. c. 3. & hoc casu menses sunt solares, & 30. diebus constant Hypo. de alim. & lib.

libr. de Carnibus, Peramatus libr. de hominis gene. c. 13. Sufficit tamen vt partus septimum & nonum mensem attingat, excepto octauo, Lemnius 3 fac. nat. cap. 3. Mercurialis de homines genera cap. 32. Vnde in his qui eduntur septimo & nono, possunt deficere aliquot dies, & partus esse naturalis, Mercatus lib. 4. de membris inter c. 1. ad fin.

Fateor quod non satis percipio quæ huius rei sit ratio, quia si ea est quæ assignari solet quod ex eo in 8. mense partus non dicitur naturalis, nec successibilis, quia potius per aborsum ditus, quia natura defessa ex labore quem septimo mense subiuit, in perfectione partus, quasi per aborsum illũ sequenti mense edidit, id quidem fallibile esse potest, quia si mulier grauida tam robusta sit, vt non fatigetur labore perfectionis partus, quid obstabit vt perfectum, & validum sub octauo mense edat, & sic dixit Lemnius lib. 3. fac natur. cap. 3.

2 Hæc secundum medicæ artis professores, quia si ad Iurisperitos recurrimus, partum editum mense octauo constat non esse naturalem, sed abortiuum, de quo est l. 13. Tauri, & l. 2. titul. 8 libr. 5. nouæ recopil. quibus talium filijs parentum denegatur successio, quia habentur acsi mortui nati sint, quia immaturi & intempestiui, vt dixit Aulus Gel. libr. 3. noct. atti. cap. 16. late Tiraquell. in l. si vnquam, verbo susceperit à num. 206. & seqq. C. de reuo. dona quia non sufficit nasci viuum, sed oportet quod eo tempore nascatur quo naturaliter viuere posit, Menoch. de arbitrar. libr. 2. centur. 1. casu 89. numer. 38. Afflict. decis. 236. Azeued. in d. l. 2. libr. 5. titul. 8. num. 9. Gutierr. libr. 2. practic quæst. 100. nu. 6. & succedit reg. l. vxoris abortu C. de post hæred instit. vbi scribitur vxoris abortu non solui testamentum mariti, Orosius in l. septimo mense ff. de statu hominum, Cuiac. tom. 11. de diuersis temporũ præscriptio c. 19. vnde fit septimo mense partum esse maturum, eo quod in omnibus numeris septenarius plurimum posit, sexto vel octauo perfectus non nascitur, vndecimo mense á morte mariti genitus non est legitimus, auth. de restit. & ea quæ in vndecimo mense parit, quod pugnat cum rescripto Adriani de quo Gellius vbi supra, quod tamen potest defendi si edatur sub initium mensis vndecimi non sub finem, prout in l. intestato §. fin. ff. de suis partum esse naturalem duobus diebus tactis de septimo.

3 Vnde in nostra quæstione cessabat labor editionis quia hic partus fuerat editus octauo mense cum dimidio quo tempore est naturalis vt supra dixi, & nasci potuit, & concipi post mortem vxoris, & esse naturalis non abortiuus, deinde etiamsi diceremus filiam fuisse conceptam matrimonio constante, adhuc tamen vt succederet patri, & naturalis nasceretur, & non spuria, sufficiebat si attenderetur natiuitatis tempus, ex reg. l. nuper § & generaliter Cod. de natural liber. tex. in Auth quib. mod. natural. effic. sui. §. insuper, vers. cum enim col. 7. Rojas in Epitome cap 10. num. 42. Barbos. in rubr. 2. part. num. 110. Couar. de sponsalib. cap 8. §. 2. numer. 16. gloss. in cap. 2. qui filij sint legit. citat plures Duenhas reg 350. ampli. 19. facit tex. in l. & seruorum 5. §. fin. ff. de statu homin. §. sufficit instit. de ingenuis, vnde fit quod proles spuria, & ex damnato coitu, non fit legitima, etiamsi matrimonium inter parentes sequatur, Sanches de matrimon. libro 8. disputat. 7. á numer. 19. si tamen tempore natiuitatis parentes potuerunt contrahere, fit legitima vt per Duen. vbi supra limit 7.

4 Nec obstat l. si ex libera, quia loquitur in muliere libera quæ filium ex seruo suscepit qui postea creatus fuit

fuit decurio, & vltra intellectũ Decij in cap. in præsentia de probatio num. 30. & in l. generaliter §. cum autem Cod de institu. & alium quem assignat Gama decis. 167. numer. 5. alium Pichardo in princip num. vlt. instit. de seruil cognat. Bart. in l. ex facto. §. si quis rogatus 1. ff ad Trebell. quem communiter recipi testatur Mantica de coniecturis libr. 11. titul. 9. numer. 2. & vltra illud quod potest dici, quod procedit respectu dignitatum, ad quas non admittitur spurius, vel naturalis, Otalora de nobilit. 2. part. 3. principal. cap. 3. Tiraquell in eod. tractat. cap. 15. numer. 7. Molin. de primogen. libr. 1. cap. 4. numer. 46. Matienço titul. 1. gloss. 1. à numer. 126. libr. 3. recopilat. Couar. 2. variar. cap. 8 numer. 1. quidquid Gomez in l. 79. Tauri á num. 6. Verius videtur tex. intelligendum de filio concepto, & nato, quando pater adhuc erat seruus, & sic vtroque extremo inhabili, vnde explicabis Ord. libr. 4. titul 92. §. 1. vbi si pater sit eques post natiuitatem filij, illi non prodest vt cum alijs admittatur, & spreto tempore conceptionis solum natiuitatem considerat cum tamen vtilius foret filio si conceptionis tempus inspiceretur, quia cum illa ordinatio exorbitet dum plebei naturales cum legitimis admittit, vt per Couar. de spõsal. p. 2. §. 4. cap. 8. Gomez l. 9. Taur. num. 1. Barbosa part. 4. l. 1. numer. 63. ff. solut. matrimon. ideo vt minus noceat, non attendit conceptionem sed solam natiuitatem: sicque placuit filiam peditis præsumi natam tempore naturali, & esse admittendam ad hæreditatem patris attento solo natiuitatis tẽpore. Scriba Petro Correa.



SVMMARIA.

1 *Rræ promitti non possunt vltra tertiam bonorum.*

Lex quæ loquitur respectu filiorum pariter procedit respectu matris. ibi.

Interpretata Ordinat. libr. 4, titul. 65. §. 1.

Interpretata Ordinat. libr. 4. titul. 105.

DECISIO .C.

An promissio arrharum vltra tertiam partem dotis fieri possit extante matre, ad Ord.lib.4.titul.47.§.1.


Romisit Petrus Rabello vxori certam quantitam nomine arrharum cum matrem adhuc haberet postea decessit,& eidem vxori tertiam bonorum reliquit. Mater ipsius dicebat promissionem arrharũ vltra tertiam defuncti extendi non posse,ex Ordin.lib.4.titul.47.§.1. quæ licet inhibeat dictam promissionem, tantum respectu filiorum,tamen idem dicendum est respectu matris, iudex sententiam protulit contra vxorem,& quod in tertiam imputaret, arrhas sibi promissas,causa ad senatum delata placuit confirmandam,ex his quæ late Gutierr.lib 5. practic. cap.34.num.22, Angul.in l.12.gloss.1.num.17. Sanches de matrimon.1.tom.lib.6. disputat.36. num.15. Azeued.l.12.titul.6.lib.5.nu.4. & comprobatur ex Ordin.libr 4.titul. 65. §.1. & 3. vbi inter donationes quæ parentibus non præiudicant,comprehendit arrharũ promissionem, iuncta Ordinat.libr.4.titul.105. vbi agens de ea quæ bona communicat meminit ascendentium, quorum successionem exæquat successioni descendentium, eadem Ordin.lib.4.titul.82. §.4. vnde cum lex Castellæ in hoc eodem casu sic interpretetur à suis glossatoribus, illud idem in hoc regno circa interpretationem nostræ legis admittendũ est,fuit scriba Matos.

SVMMARIA.

1 
Ensio in modica reduci debet ex boni viri arbitrio ad iustam pensionem.
Quando sterilitas cedat damno emphyteutæ.ibi.

2 *Emphyteutæ regulariter non remittitur pensio.*
Ex læsione in concessione emphyteusis debet agi intra tempus statutum.ibi.

3 *Opinio Pineli quod in emphyteusis pensione datur grauamen successiuum vt omni tempore agi possit refutatur.*
Interpretatus tex.in l.cum notissimi §.in ijs C. de præscript.30.ibi.

DECI-

DECISIO C.I.

An pensio emphyteusis remitti debeat quando sit immodica, ad Ordin.lib.4.titul.13.§.6.

Concessa fuit in emphyteusim Antonio Ioaõ, quædam villa, sub certa pensione, quam per 40. annorum spatiũ soluerat, agebat contra dominum directum, vt illam remitteret, quia erat immodica, nec fructus à terra producebantur, qui pensioni solæ responderent, quia ipse terras ad folia, vt aiunt, seminebat vberioris culturæ gratia, sententia cõtra eum prolata fuit in senatu, primis senatoribus videbatur reuocandam, & quod fieret reductio ex boni viri arbitrio, ex his quæ Thesaur. decis. 20. nu. 6. in fin quia l.2.C de rescind. habet locum in emphyteusi, idem Thesaur. decis. 120 num.2 Pinel. l.2.1. part.c.2. num fin. Ord.lib.4 titul.13. §.6. & admittenda videtur destinctio Valasc. de iur emph. quæst 27. à num.4. vers. cæterum, & num.11. Barbos.in l.diuortio §. fin 1.part. num.70. inter modicam pensionem, & eam quæ fructibus respondet vt primo casu cedat sterilitas, & casus piriculo emphyteutæ, in secundo vero fiat remissio, Menoch. cons. 855. num.16 decis. Pedam. 20. nu. 6. ex ratione l cum quidam ff. de vsur. quod habere debet locum etiamsi reducto petatur extra terminum 15. annorum in Ord. Regia læsionibus intra dimidiam præscriptum, in Ord lib. 4. tit.13. §.6. ex his quę Pinel. in d. l.2.c. 1. num. 27. considerata ratione l cum notissimi §. in ijs. C. de præscrip 30.

2 Sed placuit contrarium, quia supradicta procedunt quando damnũ vel sterilitas rei superuenit post contractum, non vero quando res est in eodem statu, quia si aliquid accidit, & pensio est immodica, iudicatur emphyteusis ac simplex locatio, ex his quæ Alciat l.2. ff. de verbor. sign. col.2. & in l.2. numer. 22. ff. si cert. petat. Cagnol. in l.2. Cod de rescind. numer. 203. Valasc. d. num. 11. quia alias emphyteutæ regulariter non remittitur pensio ex Baldo in l. 1. Codic. de iur. emphyt. & in cap. potuit de locato, vnde si læsionem intenderet intercessisse in concessione emphyteusis, debuit agere intra tempus statutum, aliàs via agendi præclusa est.

3 Nec est vera doctrina Pinel. supradicto loco asserentis esse speciale in emphyteusi, quod propter grauamen successiuum possit contractus annullari omni tempore, ex ratione d. §. in ijs, quia ille tex. vsu & praxi non recipitur, vt docet Valasc. quæst. 49. num. 6. Mysinger. centur. 3 obserua. 13. Deinde in d. §. in ijs, procedit in eo qui dominum recognoscebat supra se, & merito in præstationibus præscribendis 30. annorum cursus desiderabatur, quia personalis actio minori spatio non finitur, l sicut C. de præscript. 30. At vero si ille qui præstationibus tenebatur, nomine & opinione domini inciperet possidere, vtique decennium sufficeret, ex reg. l.1. C. si aduersus creditor vbi res ipsa illo tempore pręscribitur, & actio quæ ad 30. annos extendebatur eneruatur, & manet sine effectu & extincta, sic vsufructuarius nõ præscribit proprietatẽ Vezebecius in lib. 5 Cod. fol. 1083. Ex quibus iudicauimus sentẽtiam confirmandã quia agebatur ex ea parte læsionis enormis, quæ intentari debuit, intra tempus à lege concessum, quia illa successiua læsio habet originem à primo actũ, à quo tempus agendi incipit, & non impedito currit.

SVMMARIA.



Eruitia exhibita inter consanguineos nō repetuntur.

Ratio sanguinis & affectionis maxime consideranda.

2 Seruitia exhibita aucupandæ hæreditatis causa amittuntur, & non repetuntur.

Dona sic missa dicuntur missa in hamos. ibi,

DECISIO CII.

An inter fratres sibi adinuicem officia præstantes nascatur actio pro seruitijs exhibitis, ad Ordin. lib. 4. titul. 29.



Ommorabatur in domo sororis suæ Thomas Fernandez Ciuitatis Eluensis, & eius negotia, & causas agebat, & vice mutua soror eius alebat familiam, & filium clericum ægrotum curauit, quia tamen d. Thomas hæc omnia gerebat volutans animo, se futurum sororis hæredem, cũ eum falleret opinio, actionem mouit petens seruitiorum solutionem, iudex eam condemnabat, nos absoluimus, quia licet Actor probet seruitia, tamen vice mutua probabatur à se recepisse vltra ordinarios victus, & mensæ expensas, alia munera, vnde potius consanguineorum inter se certantium officia, & bene merita, quam mercenaria, & venalia seruitia reputanda videbantur, quod tam ex personarum conditione, quam ex rerum datarum, & operum qualitate, coniecimus, vt cessaret repetitio, nec considerari possit in gerente animus repetendi, sine quo nulla obligatio consistit, l. in hoc iudicium. l. si quis ff. commun. diuid. Doctores in l. latæ culpæ §. amicos ff. de verbor. signi. l. 1. vers. nisi gratuitum ff. mandat. l. quæ dotis, vers. nisi ratio sanguinis ff. solut. matrimon. cum alijs ponderatis á Garcia de expens. cap. 4. nu. 25. Alciat. post Bart. in l. cum quid mutuum nu. 59. ff. si cert. petat. ibi, *quoties coniunctio aliqua id suadeat*, d. l. 1. §. 1. d. l. quæ dotis l. qui amicitia ff. de negat gest. videndus Menoch. lib. 2. casu 88. num. 51. vbi refert historiam Antigoni, & casum arbitrio iudicis remittit, faciunt quæ Gama decis. 216. & 362. Cabed. decis. 162. Valasc. cons. 32. 1. part. Ordinat. lib. 4. titul. 99. §. 6.

2 Et considerabam hæc seruitia exhibita aucupandæ hæreditatis causa, non sequto effectu amitti, & non repeti posse quia fraternæ gratiæ non repetuntur,

repetuntur, l. sed si ego ff. ad Vellean. l. 1. §. 1. ff. de tutel. & ratio l. si repetendi l. 3. §. si quis ff. condict. caus. dat. quia qui taliter donat, vel facit, potius parat insidias quã donat, cum mittat dona in hamos, vt eleganter Martialis libr. 6. epigr. 44. munera magna quidem misit, sed misit in hamos, qui potes insidias dona vocare tua, eleganter Vlpian. in l. si pupilli §. sed etsi si quis, ibi, *suum eum potius quam meum negotium gessisse*, & ibi, *suo lucro non meo commodo studet, & eo casu solum datur negotiorum gestorum actio, in his in quibus domini conditio facta est melior*, Menoch. libr. 3. præsumpt. 28. Pinel. de bon. mater. 3 p. num. 6. Tiraq. verbo donatione num. 45. Barbos. in d. l. quæ dotis á num. 20. & 55. Scriba Gouuea.

SVMMARIA.

1 *Non potest pater agere in vita vt filius declaretur dignus vt exhæredetur.*

In maioratu in vita possessoris agi non potest de iure succedendi. ibi.

2 *Reconciliatio qualibet vsque ad mortem sufficit vt remittatur iniuria.*

Pater tamen potest petere testes examinari ad perpetuam rei memoriam. ibi.

Actio fundari non potest in iure de futuro. ibi.

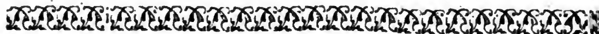
DECISIO C.III.

An pater ex iniuria sibi á filio illata statim in vita agere possit vt pronuntietur indignus paterna hæreditate, ad Ord. lib. 4. tit. 88. §. 4. & 5.

1 MAria d'Oliueira cõtra filiam suam, Demianam Paes, ex iniuria graui sibi illata publice, agebat vt pronuntiaretur filia indigna, eius hæredita..., & quod eam posset exhæredare, ex Ord. lib. 4 titul. 88. §. 4. & 5. de quo Couar. in c. Rainutius in princ. nu. 9. Menchaca de successio creat. p. 3. §. 20. n. 148. Bonacossa 1. p. fol. 7. verbo filius, qualitatem iniuriæ remittit iudicis arbitrio Menoc. casu. 267. iudex ex atrocitate verborũ filiam successionis maternæ incapacem pronuntiauit; Aliud in senatu placuit, & non posse matrem instituto iuditio agerere, vt filia pronuntietur ex hætes, vel vt posset á patere exhæredari quia in auth. vt cũ de appel. § causas & §. siue igitur col. 8. solum disponitur quod pater posit in testamento filiũ talia gerentem exhæredare; & quod hætes teneatur causam esse veram pro-

bare Ordin. lib. 4. titul. 82. §. 2. l. liberis C. inoffic. testam. Mantica libr. 4. vlt. volum. titul. 13. num. 52. Mascard. conclus. 714. num. 9. Gomes 1 tom. cap. 11. num. 10. vnde præpostere in vita agit, sicut alias in maioratu non admittuntur successores super iure succedendi in vita possessoris, Gomez l. 40. Tauri num. 79. Molin. libr. 3. cap 14. num. 17. Gama decis. 202. num. 3. Gutierr. cons. 13. num. 1. Valasc. cons. 184. Pinel. in l. 1. C. bon mater. 3 part. nu 78.

2 Insuper exhæredationes, non sunt ampliandæ nec coadiuuandæ, l. cum quidam ff. de liber. & posthum. & hoc modo obuiam iremus, reconciliationi, ad quam lata iam sententia difficilius parentes mouerentur, cum tamen reconciliatio, quælibet vsque ad mortis tempus sufficiat, vt remissa cẽseatur iniuria Couar. in d. c. Rainutius ex d. nu. 9. vel filij pænitentia, vt per eundem, & ideo leges hunc actum ad mortis tempus remiserunt, vt in ea facilius parentes in pristinam amicitiam cum filijs redirent, & cessarent exhæredationes. Vnde deficit actio & solum pater iniuriatus, potest testes facere interrogari, ad perpetuam rei memoriam, in forma Ordinationis lib 3. titul. 85. § 7. cap. quoniam vt lite non contestata, vt in hoc casu dixit Alex. lib. 2. cons. 203. num. 7. Paris. lib. 1. cons. 1. nu 137. Viuius libr. commun. verbo filius exhæredatus in fine fol. 51. Gregor. in l. 4. Glos. 4. titul. 7. part. 6. Costa in §. & quid si tantũ. 3. p. n. 174. facit quia viuentis non est hæreditas l. qui superstitis ff acq hæred. Purpura cons. 477. nu. 2. lib. 2. nec in vita datur ligitima l. 1. §. si impuberi ff. collat. bonorum, Ayora de parti. 2. part. quæst. 34. num. 22. Gutierr. pract. lib. 3. c. 41. num: 23. Vltimo quia non potest iuditium fundari in iure de futuro l. non quem ad modum ff. de iudic. constat hoc ius solum tempore mortis competere.



SVMMARIA.

1 *Delegatio quomodo fiat.*

Ex delegatione facta dolose solum superest actio de dolo. ibi.

Interpretata l. si cum dotem. §. si mulier ff. solut. matrim. ibi.

Delegatio excedit solutionem. ibi.

In delegatione prima actio extinguitur. ibi.

2 *Cessio nominis idem operatur quod delegatio.*

3 *Contrarium verius.*

Simplex cessio nominis debitorem non liberat. ibi.

4 *In delegatione iura antiqua non sunt correcta.*

5 *Delegatio præparatur inchoatur & perficitur.*

In voluntariam & necessariam diuiditur. ibi.

6 *Cessio actionis ad exigendum non liberat nisi sequta solutione.*

DECI-

DECISIO C.IIII.

An cesso nomine cedens liberetur licet non sequatur solutio, vel si debitor non est soluendo, & bonis cessit, ad Ord. lib. 4. tit. 74.



CVm P. teneretur cuidam Michaeli Iorge, in 200. aureos nouata hac obligatione, aliũ debitorem delegauit, qui obligatione suscepta, post longum tempus non soluit, & captus pro debito ad cessionis salubre remedium cõfugit, iuxta Ordin. libr. 4. titul 74. recurrit creditor ad debitorem quem cũ inuenisset mortuum, eius patrem & hæredem Antonium Pirez conueniebat, iudex sententiã protulit, qua eum condemnabat, quam in senatu confirmauimus.

1 Licet non parum vrgeret quod si hoc casu nouationem ex de legatione consideramus, ponderatis his quæ requirit gloss. magna in l. quamuis §. si mulier 2. ff. ad Vellean. gloss. in l. si Titius ff. de nouatio. Bald. in l. 2. nu. 4. C. de executio rei iudic. non est dubium duas illico extingui obligationes, vna qua teneor meo creditori, altera qua mihi teneris ex Alex. cons. 69. num 2. volum. 3. Surdus cons. 145. num. 10. Adeo vt licet ego dolose aliũ de legem, meo nomine soluturum, ille dolus non faciat de legationem nullã, sed solum pariat actionem de dolo cõtra cedentem, l. sub prætextu C. de transactio, l. dolo C. inutil. stipul. & liberatur debitor, licet ex dolo possit conueniri, explicat eleganter Bart. in l. si cum dotem. §. si mulier ff. solu. matrimo. vbi Imol. Castr Alex & Angel. & licet in eo tex. antiqua actio non extinguatur, procedit fauore dotis, vt Bart. ibi explicat, quare in alijs casibus aliud dicendum est, prosequitur Surd. d. cons. 145. num 32. Ias in l. singularia num. 49. ff. si cert. petat. Straça de mercatura titul. de decoctoribus part. 5. num. 4. Cępola cautel. 123. quibus addo quod in hoc vincit, & excedit de legatio solutionem, quia quando quis solutionem acceptat, semper intelligitur eo sensu, vt res non auferatur, & vere maneat, apud eum cui soluitur, quia si euincatur pristina instauratur actio, quasi solutio effectum non habuerit, reg. non præstat lib. 6. l. deferre in fine ff. de iure fisci. l. qui concubinam §. si hæres ff. de legat. 3. l. si quis aliam. l. qui res ff. solut matri. l. si rem eod. cum alijs citatis à Surdo vbi supra à nu. 12. At vero in de legatione creditor contentus illo solutionis modo, periculum subit, si forsan ille effectus non sit soluendo, in quem debitum transfertur, & cõtentus illa solutione, nihil est quid amplius petat, quod secus est in solutione, in qua non censentur partes velle liberationem elargiri, nisi sequatur effectus, quia non dicitur factum quod non durat, l idem §. si actor ff. quod cuiusque vniuersi nomi. l. si pro parte §. versum ff de in rem verso.

2 Si vero consideramus hoc casu fuisse factam cessionem nominis, & eam insolutum acceptasse creditorẽ, omnimoda etiam sequitur liberatio & periculum spectat ad creditorem, l. pupilli §. soror ff. de solutio, Deci. cons. 99. nu. 4.

nu.4.Becius consf.150.num.35.

3 Sed contrarium placuit, quia nõ constabat realiter de nouatione, & licet constitisset, de cessione nominis, non tamen constabat creditorem, illã accepisse in solutum, vnde simplex cessio nominis debitorem nõ liberat, nisi sequatur effectus, Surdus d conf. 145.num.29. nec puto simpliciter verum quod delegatio dolo facta tollat primam obligationem, cum æquitas suadeat antiquam actionem instaurandam, prout in eo qui delegauit eum quem sciebat esse in fuga, Surdus cons. 23.n.11. Scriba Antonio de Carualho in processu Georgij Rodriguez da Costa, cum Francisco de Mello Venatore maximo similis quæstio agitabatur, acceperat namque d. Georgius nomen, vt illud exigeret á debitore sui debitoris, à quo partem debiti consequtus est, residuum petebat à cedente qui recusabat soluere prætextu nouationis factæ: sicque placuit aliquibus senatoribus delegationẽ intercessisse, quæ priorem actionem perimit, ex Iason.in l singularia num.37.ff.si cert. petat Surdus decis. 23 num.6. faciunt quæ Barbosa in l. si cum dotem nu.9. ff. solut. matrimon. in delegatione namque non requiritur expressa de nouando consensus, & pactio, Surdus vbi supra num.5. Mantica de tacitis & ambiguis lib.17.tit 7.nu.vlt.

4 Ego aliter sentiebam, quia etiã si verum sit, ex sola delegatione nouari antiquam obligationem non obstante l fin.C.de nouatio quia in delegatione iura antiqua correcta non inueniuntur, vt resoluit Alex in l. qui vsumfructum 88. ff de verbor.obligat. num 6. Ias.in d.l.singularia nu. 57. & ibi Decius num.26. Afflict decis.353. numer.4. Rebuff.1 tom. ad leges Gal. titul.de liter.obligator. artic.1. gloss.9. num.21.

5 Tamen adhuc, oportet videamus, an illa cessio ad exigendum debitum sit delegatio, vel fiat, si à debitore mei debitoris partem debiti recipiam, & certissimi iuris est quod delegatio præparatur, inchoatur, & perficitur, diuersimode, quia præparatur per contractum, veluti per nominis venditionem in quo non requiritur scientia debitoris, inchoatur cum cõtractus ille perficitur, cum actio mandatur, seu ceditur, perficitur cum mandatarius à debitore contra quem actio mandata est stipulatur, vel iudicio petit, l.1.& 3. Cod. de noua. l.delegare ff. de nouatio. quia delegatio in voluntariam diuiditur & necessariam, vltima est illa quæ litis contestatione fit, prosequitur Cuiat.3.tom. sub titul. Cod de noua. fol.203. Passius in illo titul. num.19. nouatio namque aliter quam stipulatione aut iudicio fieri nequit, dict.l delegare 11. §.1. l.aliam 29. illo titul.

6 Vnde cum illo casu non appareret nisi de quadam cessione actionis, ad exigendum non videbatur inducta nouatio; quia aliud est delegare debitorem, & aliud delegare actionem, vt tu exigas meo nomine, nam hoc vltimo casu non tollitur prima actio, & ideo oportet vt lis contestetur aut pars debiti exacta sit, vt fiat nouatio, vel vt debitori nuntietur, ne soluat creditori, d.l.3.C.de nouatio, l.3.Cod.mand. Vnde his peractis non poterit cedens residuum exigere, quia res non est integra, non tamen ipse liberabitur, si debitor non soluerit, cũ effectu, quia cessa actio non extinguit actionem principalem; nisi sequatur solutio cum effectu, pungit Cuiat. libr. 8. Cod. sub titul. Cod. de delegatio & noua. lit. D.

Atque ita sententia scripta fuit, scriba Bartolomeo Mauro.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Filio effecto monacho cessat patria potestas.*
Sic pariter cessat vsusfructus.ibi.
2 *Patria potestas proprie non cessat.*
In hoc regno cessat patria potestas matrimonio vel emancipatione. ibi.
In filio monacho durant effectus vtiles patriæ potestatis.ibi.
Patria potestas requiritur in principio acquisitionis non vero continuatiuè.ibi.
3 *Patre effecto monacho legitima filijs reseruatur.*
4 *Filio effecto monacho statim cessauit vsusfructus respectu tertiæ, licet morte filij non cesset vsusfructus.*
Interpretata l.fin. §.fin vero C.ad Tertull.ibi.

DECISIO C.V.

An filius ingressus monasterium præiudicet patri in suo vsufructu, ad Ord.lib.4.tit.98.§.fin.

MOnachi Sanctissimæ Trinitatis agebant, cōtra Frāciscum Ferreira, ex Villa de Palmela prętextu, quod quidam eius filius, illam ingressus religionem, ibi vota professionis emiserat, & quia hæc facta fuerant, defuncta eius matre, cuius legitimam acceperat, petebant monachi, vt monasterio ad iudicaretur eius hæreditas, cum fructibus à tempore ingressus, quia ipse testamentum condiderat, quo monasterium fecerat hæredē, seque & sua Deo dicauerat, auth. ingressi C.de sacros. eccles. Valasc consi. 24. á princip. Pater instabat illæsum sibi debere remanere vsumfructum, in bonis filij, & insuper legitimam partem, quæ in hoc regno omnia bona absorbet, dempta tertia parte, quæ testanti libera relinquitur ex Ordinat. lib.4. titul.82. Iudex sententiam protulit pro patre, ipsi adiudicans legitimam, & vsumfructum in vita filij, & quod solū tertiam monasterio à morte naturali filij restituere teneretur, sic placuit Senatui.

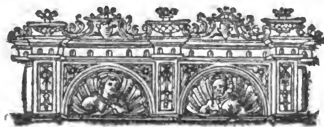
1 Cuius rei est ratio, quia etiamsi cesset patria potestas filio effecto monacho, & per consequens videatur cessare vsusfructus qui patriæ potestati inhæret, ex his quæ Pinel. in l.1. C de bon mater.1.part numer.45 Gomez l. 48. Tauri nu.7. Gregor.in l.6. 4.part. titul.7.

titul.7.gloss.6. & alij quos citat Ægidius in l.1. C.de sacrosf. eccles. 4 part. §.2. numer.19.& est communis opinio pro qua iudicandum est, ex Ordinat. libr.3.titul.64. nec obstat Ordin.lib.1. titul 87.§.6. & titul. 97. §.19. iunctis quæ Ægidius vbi supra in puncto iuris pungit, quod monacho ingresso monasterium statim patria potestas expirat, glos. in l.si ex causa.§.Papinianus ff.de minor.

2 Satisfit namque patriam potestatem proprie non cessare nisi in duobus casibus attento iure Regio emancipatione,& matrimonio, Ord. d.§.6. ibi, *forem emancipados ou casarem*, idem apud Hispanos ex Gomez in l. 47. Taur. & 1.tom. cap.4. nu.2. Boer. decis.197. Tiraquell.cessant caus.lim. 32. Ordin.d.titul.87. §.28. ibi, *tal carta ou casamento*, & libr 3. titul.42. §.4. Et licet cesset filio effecto monacho, ex d gloss.in l.si ex causa §.Papinianus.ff. de minor.Gomez l 6.Taur. numer.11. & l.48. nu. 7. Dominus meus Caldas Pereira verbo læsis num. 143. tamen in filio monacho durant, & conseruãtur effectus vtiles suitatis tex. optimus in l Deo nobis §.1. Cod de Episcop.& cleri.Gomez 1.tom. cap.11. num.19 ad fin. & in specie in vsufructu Luppus in rubrica de donatio. §. 42. ad fin. Gomez d l 6.& num. 11. Matienço lib. 5.titul 8 l.1.gloss.3 num.19.& 20. quia patria potestas requiritur in acquisitione, & principio non in continuatione, ex Bald.in l.3.C de vsufructu,& in l.2. C.de bonis mater. & in l 3.C.do bonis quæ liber.

3 Respectu vero legitimæ & tertiæ sufficit Valasci authoritas d. cons. 24 per tot. iuncta Ordin libr 4. titul. 82.in princip. & §. 4. cui addo Duen. reg.356 limit 6. sicut e conuerso patre effecto monacho legitima filijs reseruatur expectata ipsius morte naturali, Bald in rep. cap si pater de testam libr. 6.col.vltim. Alex. in l. si cum dotem in princip ff.solut matrimon. Surdus cons.238.num.10.

4 Vnde resoluimus, filio monacho mortuo, statim cessasse vsumfructum, respectu tertiæ, quia licet de iure morte filij non cesset vsusfructus, l.fin. vers sin vero C.ad Tertul. Pinel. in d. l.1.3 part.num 39,tamen Ordin Regia d.§.6.& 19. non excludit casus similes, ex gloss. in Clem. 1. verbo præsidentes de rescript. Ægid. d l.1.4 part §.2 n.12. Vel potest dici eam esse rationẽ quod in d.l.fin. durat vsusfructus morte filij quia erat in patre proprius vsusfructus qui fortior est. At vero filio effecto monacho pater non retinet vsumfructum, sed commoditatem seu vtilitatem ipsius quæ respondet effectibus suitatis quia sicut filius non habet suitatem, sed effectus ipsius sic pater non vsumfructum, sed effectus qui facilius cõueluntur,& sic eo mortuo expirat vid. Pinel. vbi supra nu.41.



SVM-

SVMMARIA.

1 Locatio ad plures annos inuoluit plures locationes.

L. si in lege 24. §. colonus, ff. locati.

Si impeditur frui conductor statim agit pro omni tempore.

Si res non est integra totius temporis interesse debetur. ibi.

2 Causa illius textus impulsiua non finalis est.

DECISIO C.VI.

An conductor expulsus facto locatoris petat interesse, ad Ordin. lib. 4. titul. 54.

1 Vm ageret conductor contra Franciscum da Sylueira, qui ad quadriennium villã locauerat, eo quod alium in possessione colligendi fructus inuenisset, ex alia priori locatione, mouit actionem contra locatorem, quia prohiberetur frui ab extraneo; dominus offerebat conductori, quod frueretur vltimis duobus annis, & quod pro transactis duobus primis volebat prætium refundere, eo quod pro singulis annis singulæ & separatæ videbantur inesse locationes diuersæ, arg. l. quod sæpe §. in ijs ad med. ff. de contra emptio. l. scire debemus ff. de verborum, Vas. allegat 72. num. 121. Tiraq. lib. 1. retract. §. 23. gloss. 1. n. 20. Verũ senatui placuit, non esse hanc oblationem admittendam, ex tex. in l. si in lege 24. §. colonus ff. locati, & conduct. quia cum conductori frui non liceat toto quadriennio, statim recte agit pro toto tẽpore, & interesse ipsius, etiã si reliquis annis dominus fundi eum frui patiatur, nec enim liberatur dominus, eo quod secũdo, vel tertio anno, patiatur fundo frui: nec obstat, quod ille tex. ponderat, quod conductor sit iam alijs rebus illigatus, ibi *sera est enim patientia fruendi, quæ offertur eo tempore. quo frui colonus alijs rebus illigatus non potest*; quasi significet dominum satisfacere si antequam colonus alijs rebus se implicet, eum patiatur frui, quia illa verba debent explicari ex finalibus verbis tex. ibi si colono integra sunt, in quo si dominus re adhuc integra, vel parua mora data, rem tradit satisfacit legi locationis. l. si debitori ff. de iudic. l. qui fundum. ff. contrah. empt. non vero quando iam res non integra sit, quia vel ipse alijs se rebus illigauit vel primus vel vlterior annus elapsus est, vel tempus notabile, sufficit namque rem non integrã vt totius temporis interesse peti possit, explicat Cuiat. lib. 34. Pauli ad edictũ in d. l. si in lege 24. §. colonus ff. locati, vers. quid enim si res non sit integra.

2 Vnde illa ratio in tex. expressa potius impulsiua censeri debet quam finalis illius decisionis, quia locatio facta pro pluribus annis non plures sunt locationes, sed vna tantum vt deducitur ex Ordin. lib. 4. tit. 27. §. 1. ibi, *do mesmo arrendamento,* Valasc. q. 27. nu. 40. eleganter Surdus cons. 34. num. 54. argumento l. si duos ff. de contra empto. & ideo diuidi & separari nequit.

SVMMARIA.

1 *IN pignoribus & hypothecis prior praefertur.*
Non interest vel sit pignus praetorium, vel conuentionale, vel legale, vel iudiciale.
In pignore iudiciali requiritur rei traditio vt pignus fiat.
2 *Secundus creditor praefertur quando prima sententia fuit lata per confessionem partis, & aliter non constat de debito.*
3 *Praelationis quaestio tunc datur cũ eadem res capitur à pluribus.*

DECISIO C.VII.

An duobus creditoribus concurrentibus ad debitum praeferatur ille qui posterior exequitur quando prioris sententia fuit habita per partis confessionem, ad Ord. lib. 3. titul. 91. §. 1.

1 CReditor contra suum debitorem sententiam reportauit, & contra eundem alius creditor egit in iudicio, & ipso agnoscente debitum magnae quantitatis, pariter praecepti sententiam obtinuit, & cum vterque ad executionẽ accederet diligentior extitit, qui per confessionem partis sententiam obtinuerat, & ad debitorem accessit, qui (licet non iudicialiter) praelum sacari, quia haec in Brasilica regione agebantur, in pignus tradidit, his peractis qui sententiam primo loco habebat, eadẽ die sed vesperi pignorationem fecit, obseruata forma legis Regiae lib. 3. tit. 86. & in quantitate sacari, sufficienti eiusdem praeli manum iniecit: cumq; ad preconia deuentum esset, primus impedimenta opposuit, seq; dixit praeferendum, eo quod totũ praelum pignori acceperat à debitore, quod pignus fuerat conuentionale, & sufficiens vt praeferretur iudiciali, quia prius in tempore, ex Ordin. libr. 3. titul. 91. §. 1.

In fauorem

In fauorem huius partis sententia lata erat, quam reuocauimus: quia licet regula sit quod in pignoribus & hypothecis prior tempore præferendus sit, reg. qui prior de reg. iur lib 6 l. potior, l. creditor ff. qui potiores, l. si fundum 4. l. diuersis 8. Cod. illo titul. l. 27. titul. 13. part. 5 Ferrariens. in praxi sub titul. forma libel. in actione hypothe. §. sub eadem obligatione numer. 9 Neguf 2. memb. 5 part à princip. Barbosa in l. 1. 6. part. nu 6. ff solut. matrim. Mudeus in titul de pignor sub titul quibus modis pignus matienco in l. 7 titul. 16. Glos. 5. nu 3 Gutierr. pract. lib 3. quæst. 99. num. 6. adeo vt non intersit, vel pignus sit prætorium de quo in tit ff. de pignor vel legale de quo in tit. C. in quibus caus pignus, vel iudiciale de quo in l in iudicati ff. de re iudica Ord. lib. 3. titul 91 § 1. quia nihil interest hoc vel illud pignus sit ex l. 2. C. qui potiores l si posteaquam ff. vt in possess. legator Neguf. vbi supra num. 6. & 2. membr 4. part. à num. 32. quia solum in prætorio pignore concurrunt creditores, nec prior præfertur quando ex eodem titulo sunt creditores l. 15. cui §. postquam ff. vt in possess. legator. Prateus regul. 415. ampliat. 4. & limit. 7. Cassan. consid. 99. ampliat. 10. alias si ex diuerso etiam inter eos attenditur prioritas, tamen in hoc regno ex Ord. libr. 3. titul. 91. §. 1. pignus iudiciale cõuentionali præfertur, licet de iure aliud sit, vt colligitur in l. si tibi §. de pignore ff de pact & ff de vsucapio. l. iusto. §. non mutat l. contrahitur ff. de pignor. iuncta l. 1 ff. de pignora, actione vbi nuda conuentione pignus contrahitur etiam si traditum non sit, & merito quidem, lex Regia sic sanxit, cum in pignore iudiciali requiratur, rei traditio vt pignus fiat l. non mirum ff. de pigno. actione quod sequitur Ordin. lib. 3 titul. 86. in fine principij.

2 Ex alia etiam causa debuit præferri hęc secunda pignoratio quia illa sententia qua prius ad executionem deuentum est fuit habita per partis confessionem, & sic tanquam fraudulenta caret omni prælatione, Bart. in l. post contractum ff de dona. col. vlt. Barbosa in l. 1. 6. part. num. 42 ff solut. matrimon. Tiraquell. de retract conuentio. gloss. §. 1. verbo præferuntur num. 47. est enim confessio suspecta nisi alias constet de debito, Gama decis 226. num. 1. & decis. 236. numer. 1. & 46. num. 1. vel alia præsumptione elidatur Barbos. 6. part. l. 1. nu. 31.

3 Insuper prius pignus constitutum fuit in Prælo, secundum in sacaro ipsius præli, quo dato cessabat prælationis quæstio, quæ tunc datur, quãdo vterque creditor eandem rem apprehendit, non diuersam, quia tunc vterque præfertur alijs, in sua apprehensione sicque debet accipi, Ordin. d §. 1. ibi, *nos bems em que he ja feito penhora, &c.*





SVMMARIA.

1 INuestitus in possessionem maioratus à possessore ipsius post eius mortem an tuendus.

Apud nos non transfertur possessio in sequentes in maioratu à lege. ibi.

Apprehensio à primo successore facta intelligitur facta nomine sequentium. ibi.

2 Possessio tradita à possessore non excedit eius vitam.

3 Possessio vt talis sit non oportet vt sit iusta.

Titulus licet nullus esse possit si tamen non est limitatus est fortior iusto limitato in duratione. ibi.

Legatum rei alienæ scienter valet quoad æstimationem.ibi.

Ius renouationis legari potest.ibi.

Lex Tauri non prohibet vt possessio tradita in vita duret quoad vitam possessoris.ibi.

4 Possessio tradi: potest proximiori ad quem spectat successio.

5 Si primogenitus in fauorem secundogeniti renuntiet eius filij reuocabunt.

Si possessor transferret possessionem in sequentem esset potentior ipsa lege.ibi.

6 Si post mortem possessoris remotior capiat possessionem ipse tuendus contra proximiorem qui de nouo apprehendit.

Possessio post mortem continuata censetur ex primo titulo.ibi.

Possessio vt talis sit non oportet vt sit iusta.ibi.

Possessio data ad tempus vltra illud non est possessio. ibi.

Inuestibus à possessore debet eo mortuo nouam capere possessionem.ibi.

DECI-

DECISIO C.VIII.

An tuendus sit possessor maioratus inuestitus ab vltimo possessore contra legitimum successorem, ad Ord. lib 4. titul. 58.

1 LVdouicus de Mello Lobo cũ ab Auo suo possessore maioratus quẽ instituit Gil Moniz Rei, in possessione ipsius immitteretur, ex causa dotis. eo prætextu quod ipse esset legitimus successor, & filius filij senioris, post obitũ cedentis Gomez Freire secundogenitus prohibuit continuationem possessionis, tunc possessor conquæstus est se turbatum, & deiectum placuit iudici restituendum, cuius sententiam cõfirmabant sapientissimi Senatores, qui prius deliberarunt, Laurentius da Gama Pereira, & Didacus de Brito de Carualho diuersum sentierunt sequẽtes, quia non licet possessori maioratus quando non sit primus institutor alium post se in possessionem immittere, vt præiudicet alijs. l. lex vectigali de pignor. l. nemo plus ff. de reg iur. optima Ordin. libr. 2. titul. 35. §. 25. ibi, *não deuião durar mais que a merce feita ao donatario.* Molin. de primogen. libr. 3. cap. 12. nu. 18. Gomez l. 45. Taur. n. 117. Valasc. conf. 191. n. 45. apud nos namq; non est lex quæ possessionẽ transferat vt apud Hispanos est. l. 45. Taur. qua non solum dominium, sed & ipsa possessio transit, de quo est l 8. tit 7. lib 5. ordinam. Valasc. de parti c. 13. nu 21 & in bonis Regiæ Coronæ licet in hoc regno dominium transeat in sequentem, non tamen transit possessio Cabed. 2 part. decis. 8. nu. 7. in fine, quod idem obtinere debet in quolibet maioratu quia traditio, seu apprehensio à primo facta, nomine etiã sequentium post se videtur facta, quoad dominiũ tantum Costa de successio reg fol. 146. vers Valasc. de parti. cap. 30. num. 25. tradit Imola in l ex facto §. si quis rogatus ff ad Trebell. col. 3.

2 Vnde fit quod si possessor maioratus transferat possessionem ipsius, non potest talem possessionem extendere ad tempus quo, ius possidendi euanuit quia, non transfertur ius vita donantis periturũ, prosequitur Valasc. conf 157. nu. 11. Gutierr. practic. libr. 5. q 71 per tot. Azeuedo in l. 9 & 10. lib. 5 titul. 7. nu 3. Valasc. conf. 191. nu fin. Vnde etiam apposita clausula constituti non sufficiet quia, post mortem non extenditur. Tiraq de constituto. limit. 2. vbi num. 4. infert quod ideo Papa non potest sibi successorem eligere quia confertur in tempus quo ipse futurus non est.

3 Nec obstabit quod ex contractu nullo transfertur possessio quia possessio vt talis sit, & naturalis non oportet vt sit iusta l. 3. §. si vir ff. acquir possess. adeo vt illi competant iuris remedia, Menoch. rem 15. recup. numer. 448. Gomez l. 45. Tauri numero 23. quia satisfit, quod illa possessio capta viuente possessore cum concedente viuit, &

& implicat vt post mortẽ ipsius prorogetur, quia habebat præfinitionem naturalem, vnde titulus nullus non limitatus fortior erit vt possessor tuendus sit ne expellatur argum. l. cum precario.ff.de precar. nec pariter obstat quod valeat legatum, iuris morte legantis perituri,l.vxor patrui Cod.de legat. l. quod in rerum §. si vsumfructum ff de legat.1. Quia illud procedit ex alia ratione, quia scilicet legatũ rei quã testator sciebat nõ esse suã quoad æstimationem ipsius valet,& sic datur ius quod morte non perit §. nõ solum instit.de legat. l.cum alienam.Cod.de legat.prosequitur Donel.ad illum tex. Doctores in d.l.quod in rerum §1. ff. de legat 1. Vel etiam obtinere poterit, in iure suspenso dum possessor viuit, quod eius morte non extinguitur, prout est emphyteusis renouatio, de quo Valasc. d.cons.157. nu.11. Surdus decis.93 in princip. vbi multis probat legari posse ius renouationis licet aliter sentiat D. pater meus de renou. quæst.9.num.28.& quæst.18. num. 21. Nec pariter obstabit Doctores Hispanos in hac materia loqui secundum legem 45. Tauri, ex cuius virtute in sequentem legitimum possessorem statim possessio transfertur, quia satisfit, quod licet translatio possessionis detur in sequentem ex illius legis beneficio, bene tamen ex illis Doctoribus, comprobatur possessionem penes tertium vsque ad mortem vltimi possessoris durare, vt deducitur Tiraquell. de primogen.quæst.27 nu.2. & quæst. 26 num.1 & quæst.40. numer. 187. ex Burgensi in proœmio legum Taur.nu. 96.Gomez vbi supra, Molin d cap.12. nu.18. quibus accedit Boer. decis.214. & 147.nu.7.Çaldas Pereira de renoua. quæst.18.nu.21. Valasc. cons.157.n.10. & 11.Cabed.decis.96.

4 Nec insuper obstabit, quod regula suprapos ita videtur restringenda, quando possessio tradita sit in vita, ei qui primum succedendi locum non occupat, quia si in proximiorem qui alias successurus erat, possessio transferatur, non inconuenit, vt traditio valeat,prout in nostro casu, in quo tradita fuit possessio nepoti, ex filio seniori quem vocat Ordin Regia lib.4. titul.100. Constat namque primogenituram cedi posse vt habetur in cap. quam sit periculosum 7 quæst.1.notat gloss.in l.quoties in princ ff de hæred. instit. Angel in l.stipulatio hoc modo ff de verborum, Ias in l pactum quod dotali C.de collatio nu 4. Soares in l. quoniam limit. 5. Cirier 3.quæst. 8. Durandus de arte testandi cautel.3. fol.58.numer.2. Afflict. notabiliter in cap.1.de natura successio feud.á nũ.38. Guilelm. in cap Rainutius verbo duas habens nu.224. Burgensis in proœmio legum Tauri num. 94.& 98 Gomez in l.40 num.70.Didacus de Sà in suis disput.fol.86 in fine, Socin.lib.3.cons. 47.num 18. quæ renuntiatio facta in proximiorem proculdubio tenet, ex Tiraquell.libr.1. retract. §.26. gloss.2. num 4 & de primogen.q 27. Peralta in Rub.ff de hæred. instit numer 109. Pelaes libr.3 quæst 18. num.6. Afflict. in cap.1 de successio feud numer. 67. sicque explicari debet Paris lib 2.cons. 72.num.11 & libr.3.cons 1. numer.58. dum resoluit posse grauatum rem restituere etiam existenti in remotiori gradu, quia loquitur in grauato restituere vni de familia non vero quando vocatur proximior prout in maioratibus Hispaniæ.

5 Quia satisfit quod licet agnoscamus renuntiationem valere posse, non tamen inde conuincitur filijs nocere,vnde si primogenitus in fauorem secundogeniti primogenij successioni renunciet, vtique eius filij reuocabũt renuntiationem, notat gloss. & Doct. in cap.1 §. Titius in titulo si de feudo fuer.controuer.inter domin. sequuntur plures quos sequitur Tiraquell. libr.1. de primog.

de primogen. quæst. 26. nu. 5. & quæst. 40. num. 187 Burgos. de proæmio legũ Tauri num. 96. Pinel. de bonis mater. fol. 103. Boer. decis. 214. ad fin & 147. num. 7. Molin. lib. 1 cap. 6. num. 45. A fortiori ergo, renuntiata in vita possessione maioratus, non obstabit hoc, quominus qui se prætendit proximiorem, illam occupare posit, ne admittamus quod valida sit translatio, à possidente facta, quæ nunquam fit nisi sub colore quod fiat in proximiorem, vt pungit Valasc. d. consf. 191. num. 41. ibi, *mittit in possessionem cum quem putat successurum:* quod si admitteremus vtique vltimus possessor esset iudex inter successores ad quem ius succedendi spectaret, sicut ergo non præiudicat successori, quoad proprietatem, & ius primogenituræ, sic nec quoad possessionem ne potentior fiat ipsa lege, quę possessionem transferre noluit, & hoc modo via fraudibus aperiatur.

6 Nec obstabit si quis replicet quod supposito quod negamus iuris effectus possessioni habitæ, in vita possessoris fatendum est quod si vere & realiter illa tradatur vero & legitimo possessori, si contingat post mortem possessoris illam occupasse, alium remotiorem ille tuendus erit, contra verum & legitimũ successorem in quo maius versatur absurdum, cui non proderit continuatio possessionis habitæ in vita defuncti, quia intelligitur continuata ex primordio tituli habiti, ex his quæ Mascard. conclus. 1203. nu. 21. nec ipse causam possidendi mutare posit l. cum nemo. Cod. de acq. poss. Quia satisfit quod annullato primo actu, ille præfertur in possessionis apprehensione qui prius post mortem possessoris accedit, nec inconuenit quod qui prius eam capit sit remotior, quia possessio vt talis non oportet quod sit iusta, naturaliter namque & vere possidet, qui sic possidet licet nõ iuste, & ideo prædo ante omnia restituitur cap. in literis de rest. spol cum vulgaribus, vnde possessio habita licet ex titulo válido, limitato tamen ad tempus, inficit possessioné vltra illud tempus, non quasi illa sit iniusta, sed ex eo quod non est possessio, & redit ad non causam veniente die quæ finẽ possessioni præscripsit, vnde titulus nullus qui de se habet causam perpetuam, quoad hunc effectum possidendi fortior est quam titulus validus limitatus ad certum tempus, arg. l. cum precario. ff. de precario cum vulgaribus, quare vt caute procedat á moriente inuestitus debet nouam possessionem apprehendere, vel nouam occupanti resistere, seque pro possessore gerere, occupando corporaliter res maioratus, quia licet mutare causam suæ possessionis, ex noua causa, & nouo iure eleganter Barbosa in l. si alienam num. 117. Valasc. consf 42. num. 3. sic limitata regula d. l. cum nemo. l. non solum §. quod vulgo ff. de vsucapio, & in his terminis loquitur Valasc. dict. consf. 191. num. fin.



SVMMARIA.

1 *CLericus tenetur in sæculari fideiussores dare si ibi agit.*
Processus tamen non est nullus, quandiu non petitur d.cautio.ibi.
2 *Fideiussor an extendatur ad secundam instantiam.*
3 *Fideiussor primæ instantiæ non tenetur ad gesta post diffinitiuam.*
4 *Quid si appellatio sit habita pro deserta.*

DECISIO C.IX.

An fideiussor datus à clerico teneatur ad expensas factas in instantia appellationis, ad Ordinat. libr. 3. titul. 20. §. 6.

1 CVm Canonicus quidam ageret in iudicio sæculari,& teneretur fideiussorem ad expensas processus præstare iuxta formam Ordinationes lib.3. titul 20.§.6. cum causa esset de lata ad senatũ petebãtur à fideiussore etiã expensæ factæ in causa appellationis,dubitabatur,an fideiussor simpliciter datus ad expensas tamen primæ instantiæ teneretur, an vero vtriusque & insuper dubitabatur, an processus esset nullus in his quæ gesta sunt, antequam fideiussio data esset, nullum processum dicit Barbosa in l.diuortio §. interdum nu. 30.& 40. ff sol matrim. Alex.cons. 37. num 1.lib.2. Azeued l.2.titul.22 num. 24.lib.4 nouæ collectio,sed puto contrarium esse verius, quod processus sit validus,interim dum cautio non præstatur,quia quãdo lex in aliquo actu requirit cautionẽ intelligitur si petatur l. 1.§.quod ait prætor ff quorũ legator. l.peto §.fratre ff de leg.2.l.vniuerso cũ Glos C de precib. Imper Bald.in l. generaliter nu.15 C.de episcop.& cleric. deinde, quia vt inquit Paulus in d. §. fratre num.3.si statutum annullet non data fideiussione adhuc intelligi debet si petatur Mysinger.cent.1.obseruat.6. Soares in l quoniam ampl.10. num. 1. C.in offic. testam. Peres ad leges Ord. lib 1.titul 8.lib.4. fol. 1272. Gutierres in l.nemo n.433 ff.de legat. 1. Roland. cons.71.lib.1.

2 De fideiusione vero an extendatur ad secundam instantiam quãdo simpliciter constituitur ad expensas processus sunt aliqui casus distinguẽdi sit primus quando causa, vel iuditium mutatur, in aliud vel causa auocatur, tex. in l.3. ff.de iudic. sol. Imol. cons. 47.Hypol.in rubr.de fideius. num. 90.
Franchis

Franchis decis. 344. num.4. Thesaur. decis. 202. num.13. quia tunc non tenetur ex supra dictis: secundus quando appellatur durante prima instantia ab interlocutoria, in casibus Ordinat. lib.3.titul.68 in princip. & apud superiorem causa manet, Maranta de ordine iudic. 4.part.decis num.25. tunc fideiussor adhuc manet obligatus, l. qui proprio § item quæritur ff de procurator, Franchis decis.208. nu.vlt. & decis.344 num.3 & 4.quia iudex appellationis subrrogatus est in locum primi,& vnũ reputatur iudicium,& ideo in eo iudicio erit locus reconuentioni,Marant lib.3.titul. 24.§.6.

3 Tertius casus in fideiussore primæ instantiæ hic non tenetur ad gesta post definitiuam. l. cum apud ff. iudi. sol. vbi Bart. Boer. decis. 315. communis vt per Franc. Mar. decis. 357. num.2. in 2.part Gabriel de fideiuss. conclus. 4.numer.3. idem in 2. tom commun. opin. lib.8 titul 25 num.69 licet contrarium teneant multi, relati á Gabriel d.conclus. 4.numer.2. Baeça de inope debitore cap 5 num.7. Thesaur decis. 202. num.11. sed prima opinio est receptior.

4 Quartus casus est si appellatio habita sit pro deserta tenetur fideiussor acceptus in prima instantia, Bald. in d.l.cum apud, Marcus d decis 357. num.2. Thesaur d.decis 202. num.12. idem dicendũ est quãdo ipse fideiussor appellationem prosequutus sit, Gabriel d.conclus. 4.num 10.

Ex quibus supplicanti prouidimus ne ad expensas appellationis teneretur.

SVMMARIA.

1 *Quando duo procuratores cõstituuntur, an alter ab altero exigere possit.*

Explicata l.qui proprio §.fin.de procura.ibi.

Explicata l. qui duos ff. illo titulo.

2 *Quando vnus tantum debet alter ab eo exigere potest secus quando vterque est debitor.*

Procuratores duo constituti non censentur, vt vterque litiget nisi id expressè dictum sit, ibi.

Exactio licet veniat in generali mandato non tamen mutua exactio. ibi.

Casus mixtus continetur sub simplici quando est eadem ratio. ibi.

Si vterque debet cessat mens mandantis, vt alter ab altero exigat. ibi.

Tutor contra contutorem durante tutella non agit. ibi.

3 *Conciliatio responsorum Gai & Iuliani.*

4 *Procurator secundum regulas ab alio comprocuratore pecuniam debitam exigit.*

Explicatur l. itaque ff. de procurator.

rator. ibi.
Pecuniam relictam à domino absente sub vsuris procurator non exigit sine speciali mandato. ibi.
Domino vtile, est vt illa pecunia exigatur. ibi.

DECISIO CX.

An duo procuratores generales ad omnia possint alter ab altero debita constituentis exigere.

1 DIscedens P. in Indiam, duos procuratores cum libero & generali mandato in regno reliquit, insolidum constitutos; quorum alter certam pecuniæ quantitatem mandantis, sub vsuris acceperat, post aliquod temporis spatium, Gondiçalus Rodriguez vnus ex procuratoribus, contra alium egit vt pecuniam quam apud se habebat sub ratione interesis solueret, & agitato processu, sententia lata fuit, qua pronuntiatum est, vt solueret, in senatu dubitabatur de sequentibus: primum, an duobus procuratoribus insolidum cõstitutis cum libera, vnus ab alio posset debita exigere: secundum, an etiã post sententiam, liceret reo excipere actori actionem non competere, & quoad primum res efficitur dubia ex Gai responso in l. qui proprio §. fin. ff de procurator, ibi, *Si duobus mandata sit administratio negotiorum quorum alter debitor sit mandatoris, an alter cum eo recte acturus sit, & vtique recte, & vtique non enim ob id minus procurator intelligitur, quod is quoque cum quo agitur procurator sit.* In contra. respondit Iulianus in l. qui duos ff. illo titul. ibi, *Qui duos procuratores rerum suarum omnium reliquit nisi nominatim præcepit vt alter ab altero pecuniam petat, non videtur mandatum vtrilibet eorum dedisse*, explicant hæc responsa vltra Bart. & Paul. & Cuman. d. locis, Faber. in rationalibus ad titulũ ff. de procurator fo mihi 384 Nicolaus à passerib. in conciliatione legum ad d. l. qui proprio § fin. fol 83. Cuiat. ad libr. 4. Saluij Iuliani tom. 1. fol. mihi 2351. ad l. qui duos. Petrus Costalius aduersariorum part 1. fol 60. sub titulo de procurator. Onezius obseruatio c. 35. Federicus de Seuis q. 124. Mantica de tacitis conuentio. lib. 7 titul 17.

2 Et omissis multis quæ Doctores in his iuribus adducunt constituentes differentiã quando procuratores constituti non sunt insolidum, & quando in eadem administratione vel diuersa vel quando mandatum fuit ad exigendum tantum, vel eodem tempore vel diueso. l. si quis §. Iulianus. ff. de procurat. de quibus ordinarios dictis locis consule, videtur omnem violentiam cessare, si intelligamus Gaium regulã constituisse, vt alter ab altero exigere posit, quando scilicet vnus tantum eorum debitor est, d. §. fin. ibi, *quorum alter debitor est, &c.* quod tamen non ita se habet quando vterque debebat quia tunc requiritur vt specialiter, & nominatim exprimatur, vt Iulianus sentit, ibi, *non videtur vtrilibet eorum dedisse*, *supponens vtrumque debere*, quia non videntur adhoc constitui vt secum inuicem litigarent nisi id expresim dictũ sit, quia licet exactio veniat in generali mandato, non tamen mutua exactio, quia casus mixtus cõtinetur sub simplici

simplici l.si ita scriptum ff.de liber.& posth. quando in vtroque est eadem ratio,quæ in hoc casu est valde diuersa constitutis namque duobus procuratoribus insolidum ad omnia: si alter tantum debet, videtur ex mente concedentis,data exactio, ex ratione Gai, quia non ob id minus procurator intelligitur vt contra procuratorem agat quia meliorē redit causam cōstituentis, ne debitum præscribatur. At veró quādo vterque debet, facit deteriorem causam domini, quia addit debito debitum,& debitorem grauatum de nouo grauat maiori onere, cum satius sit debitum diuisum esse, quam apud vnum debitorem, vnde si vterque debet cessat mens mandantis, Cuiatius vbi supra:deinde quia si vterque posset exigere,sequeretur quod quilibet ageret,& se debitorem faceret,debiti alieni, nec melior efficeretur causa domini,cum solum motis ab vtraque parte actionibus, debita mutarentur, de vna persona in aliā,& duo adhuc manerent debitores,vt antea:si ergo mutatio hæc nihil cōmodi affert, melius est vt præsumamus dominum potius voluisse sic eos manere donec veniat, facit l. cum plures ff.de administra.tutor.vbi tutor contra contutorem durante tutella non agit.l.aduersus C.administr tutor. ibi,*quandiu administratio communis durat exerceri iudicium non potest.*

3 Vel melius dici potest nullam repugnantiam dari inter responsa Gai,& Iulliani, nam Iullianus de casu longe diuerso agit,nempe an procurator vnus ab alio pecuniam petere possit,quod est diuersum, an debitum petere posit, inepte enim intelligitur verbum pecunia de debito, seu pecuniam exactam, quæ in manu alterius procuratoris, quam vnus ab alio exigere nequit,virtute generalis mandati,veluti si ad expediendam suam negotiationem, oporteat petere pecuniā à comprocuratore, quia eum obligare non poterit,vt sibi tradat ex sua parte aliquam quantitatem quia procurator, qui æqualis est,non potest pecuniam petere ab alio sibi necessariam, quia de ea quam quilibet exegit,tenetur rationem domino exhibere, non vero socio; argum.l.2.C.de administr. tutor.l.cum plures ff.eod.titul. imò si traderet adhuc non liberaretur casu quo foret amissa vel domino non tradita: quare vt socium cogat vt sibi pecuniā det,debet illud in mādato exprimi, & sunt ponderanda verba vtriusque tex. nam Gaius agit de eo qui debebat, ibi,*quorum alter debitor sit mandatoris*: Iulianus vero non de debitore meminit, ibi, *vt alter ab altero pecuniam petat*, vbi non de debitore egit, sed de pecunia petita, forsan ex alia causā quam debiti. veluti ea quæ purgatis necessarijs sumptibus superest,vt ait l. qui aliena ff de negot gest.

4 Vnde regula manet procuratorem ab alio comprocuratore pecuniam debitam exigere non prohiberi, ex sententia Gai,nec oportere vt hoc exprimatur, sed sufficere ne voluntas contraria probetur l.pomponius § in his ff.de procurat ibi, *non exigimus vt habeat voluntatem vel mandatum sed ne contraria voluntas probetur &c.* quia in generali mandato cōtinetur potestas exigendi pecuniam à quocunque debetore l.procurator cui 58. ff.de procurator, vnde explicatur l.itaque illo titul quæ admittit exceptionem, etiā eo casu, quo mandatum specialiter emanauerit, vt procedat non cum relatione ad § fin. legis qui proprio, sed ad proximam legem qui duos,explicans quod quando specialiter conceditur procuratori, vt pecuniam petat eo casu, eo excipiente de æquali mandato,oporteat de mandato speciali replicare,quo casu sunt considerādi termini habiles, veluti si generale ad omnia negotia, vtrique procuratori mandatum datum est, & alteri eorum

conceditur

conceditur facultas in alio instrumẽto, ad pecunias exactas à socio in administratione colligendas,& mittendas domino, tunc si comprocurator excipiat virtute primi mandati, socius replicet, ex secundo speciali, quia si taceat, prima exceptio obtinebit, de quo est similis tex. in l. siue apud C. de transactio, ibi, *si exceptio pacti apposita fuerit doli mali, vel in factum replicatione vsu poteris ad obsequium placitorum aduersarium tuum vrgere &c.* Atque ex his placuit in prima quæstione procuratorem admitti posse mero iure, à socio exigere debita, sed aliud fore dicendum in præsenti casu, quia constitit dominũ pecuniam reliquisse, apud procuratorem sub vsuris, quo casu nõ est simplex debitum cum præcesserit contractus, quem procurator infringere non poterat, maxime quia debet exerceri potestas data vt melior efficiatur domini conditio, non deterior, constat autem in præsenti deteriorem fieri domini conditionem, si pecunia quæ exposita erat lucro, ad procuratorem reuerteretur, vt ibi infructuosa resideret, quod citra voluntatem domini, seu potius contra videtur.

5 In secunda quæstione exceptionem illam quæ falsi vel non legitimi procuratoris est, placuit etiam post sententiam latam posse admitti, vt per Bart. Cuman. & alios supra citatos in d. l. qui duos. Scriba Matos.



SVMMARIA.

1 *Legatarius non tenetur reficere nisi modica sit impensa.*
Vsusfructus legatus tunc dicitur quando licet illos percipere propria authoritate. ibi.
Quomodo cognoscatur an sit legatum relictum fructuum, vel vsusfructus. ibi.
Hæres pendente cõditione si sumptus facit non repetit. ibi.

DECISIO C.XI.

An legatarius cui fructus rei ad vitam relicti sunt teneatur ad refectionum expensas pro sua parte.

1 IN suo testamento Aluarus Ægidius Freire disposuit quod maioratus quẽ instituebat ad eius sororem deueniret, & post eius mortẽ ad eius filios, grauauit eam tamen, quod in vita sua, alteri sorori communi dimidietatẽ fructuum elargiretur, & morte

& morte sororis, maioratus ad eius filios transiret sine vllo onere: contigit quod domus maioratus minabatur ruinam, volebat possessor vt legataria ad refectionem domus contribueret, siquidem dimidietatem fructuum percipiebat, adhoc fuit condemnata per iudicem, Senatus vero absoluit à refectione ædificij, nisi ea refectio sit modica, & quæ boni viri arbitrio facienda sit, pro commodo rei legatæ vsu, de quo est tex. in l. vsufructu legato ff de vsufructu, ibi, *quoniam igitur omnes fructus rei ad eum pertinent reficere quoque eum ædes per arbitrum cogi*, Celsus lib. 8 digestorum scribit, *hactenus tamen vt sarta tecta habeat si qua tamen vetustate corruissent: neutrum cogi reficere, sed si hæres refecerit passurum fructuarium vti*, & paulò infra, *modica enim refectio ad eum pertinet, &c.* Et aduertendum est in nostro casu, non vsumfructum fuisse cōstitutum, sed tantum fructuum maioratus legatū relictum censeri, in annos singulos, nam solum quando fructus legantur vt propria authoritate percipi possint, censetur vsusfructus legatus, si vero à manu alterius percipi debent, tunc non censetur datus vsusfructus, sed sola competit actio personalis, ad fructus petendos, vt est receptum ex Alex in consl. 214. n. 1. lib. 6. late Menoch de præsumpt. lib 4. præsump 124 & 134 & lib. 1 præsump 155. Afflict decis 252. nu. 1. & 3. de quo est gloss. verbo differentiam, in l. fundi Trebatiani ff de vsufruct. legat. primo namque casu censetur seruitus personalis, vsusfructus constituta, l. fin §. fin. ff de contrah. empt. & competit fructuario confessoria, quæ datur contra quemcunque possessorem. § æque si agat instit de actio. l vti frui ff. si vsusfructus petat. secus in secundo casu notat glos. in verbo posse in d. l. fundi, deinde primo casu sufficit vt si non omnes fructus saltē quotta fructuum relinquatur, dummodo tamē propria authoritate liceat percipere, Bart. in d. l. fundi num. 1. & in l. eotem. § qui maximos ad fin. ff. de publican. Pinel. in l. 1. C. de bon mater. 2. part. num. 13. In secundo vero legatis simpliciter fructibus, non censetur vsusfructus datus, nisi quando omnes fructus fundi dati sint, l. si quis ita 20. ff. de vsufructu, ibi, *fructus fundi Corneliani do lego perinde accipi debet hic sermo ac si vsusfructus fundi legatus esset.* Si vero quotta fructuum relicta sit est simplex fructuum legatum. l defuncta § Sempronio ff illo titul. vnde cum in præsenti dimidia pars fructuum relicta fuerit in testamento, nec propria authoritate liceat percipere, sed de manu instituti, seu vocati ad maioratum, simplex legatum est, quo casu sicut vsusfructuarius si qua tecta vetustate corruissent, non reficit, maiori cum ratione legatarius facit, l. si domos ff. de legat. 1. ibi, *& hæredis nummis extructas ex causa fideicommissi post mortem hæredis restituendas viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis, & ædificiorum ætatibus examinatis*, explicat Cuiat ad illum tex. tom. 2. fol. 869. nec obstabit quod ibi æstimantur ætates ædificiorum, vt à legatario impensæ soluantur, quia illud procedit ex eo quia domus restituitur, nam si hæres pendente conditione sumptus fecerit, necessarios in re fulcienda, & reficienda eos non deducet, quia debet sarta tecta habere, & sumptos necessarios facere quia eius temporis omnia onera agnoscit, l. cum seruum §. hæres ff de legat 1 ibi, *hæres cogitur legati prædij soluere vectigal præteritum, vel tributum, vel sallarium,* Barbosa in l. fructus ff solut. matrim. nu. 28 sumptus vero restitutionis hos hæres reputat legatario, & sumptus retinet, per exceptionem doli, habita ratiōne eorum arbitratu boni viri, ex ratione l. si in area ff. de condiction. indebit. vnde si fiat restitutio nō solutis sumptibus, licet nō cōpetat certi

condictio, ex d. l. si in area, competit tamen adhuc condictio incerti, pungit Cuiat. vbi supra, & videndus in lib. 9. responsorum Papiniani. Vnde cum in præsenti domus meliorata, & refecta maneat, apud ipsam sororem, & eius filios, cessat ratio d. l. si domos ad modicas autem expensas videbatur teneri, ad domum reficiendam si eius fructus percipere vellet, sibi testamento relicta, ex his quæ Barbos. in dict. l. structus.

SVMMARIA.

1 *Conditio nõ nubendi valet in vxorato.*
Hoc casu habet locum mutiana cautio. ibi.
Conditio in nõ faciendo nisi in fine vitæ impleri non potest. ibi.
2 *Quod ita debet accipi quando negatiua conditio ante mortem impleri non potest.*
Interpretat l. cum tale ibi.
Matris votum est vt prius ipsa moriatur. ibi.
Maritus non parens conditioni tenetur rem cum fructibus restituere. ibi.
Cautio trahitur retro. ibi.
Interpretat Ordin. libr. 2. titul. 18. §. 1. & 5.

DECISIO C. XII.

An Cappellæ administratio relicta viduo sub conditione, ne nubat amittatur sequutis nuptijs.

1. Monachi Carmelitæ litem intendebãt, cõtra P. vt cappellã dimitteret monasterio, eoquod sibi relicta fuerat, ea conditione quod ad secundas nuptias nõ transiret, alias monasterio substituto aperiretur locus: quod cum contraxerit cappellam retinere non poterat prouisor cappellarum monasterium admittendum pronuntiauit, quam in senatu confirmandam duximus, quia illa conditio non nubendi valet, auth cui relictum C. de indicta vidui. Bart. ibi, & in cons. 184. Franchis decis. 174. Menoch lib. 4. præsump. 148. n. 15. & hoc casu præstatur Mutiana cautio, quæ tantũ locũ habet in his quæ in nõ faciendo cõcipiuntur expresse, vel tacite possunt enim legata vel hæreditates in vltimũ vitæ tẽpus cõferri, scilicet cũ morietur, l. hæres in princ ff de cond & demonst & hoc modo videtur relictũ sub cõditione nõ faciendi, nam hæc nisi in fine vitæ impleri nõ potest, & statim remedio cautionis Mutianæ illi repræsẽtatur. l. Titio fũdus 23. ff. de cond. & de-

& demonstra.& prolata est etiam constitutio diui Pij in l. Mutianæ illo titul. in quo etiam continentur rei fructus,l.qui filius § qui mutianam ff. de leg.2.l hæres §. qui post ff.de cond. & demonstr.

2 Hoc tamen ita debet accipi quando talis sit cōditio negatiua, quæ non posit impleri nisi morte eius cui adscripta est, l. seruo inuito §.1. ff. ad Trebell. l.Titio 73. ff. de cond. & demonstrat. quia si viuo eo potest impleri, tunc cessat cautio mutiana, de quo sunt exempla in l.cum tale.§.Titius ff illo titulo l auia 77. §.Titio.l. pater 101. §. socrus. l. hoc genus eod. Exceptis duobus casibus de quibus in d.l.cum tale in princip. in legato matris,vel liberti,ne á liberis discederet, quia licet eo casu posset conditio impleri morte liberorum,tamen votum matris est vt prior moriatur, explicat Cuiat.in l.cum tale §.1.ff.illo titul. ad lib.;8.quæstio.Papin.4.tom.fol.421.& in l.3. Cod de condi. instit. tom.2.fol. 774. Vnde maritus conditioni non parens tenebatur rem cum fructibus restituere, quia cautio trahitur retro Auth.de nuptijs §.quia vero col.4. & quando actus retrotrahitur semper debentur fructus, l.item 6. ff.de in diem addict gloss.verbo lucrari,in l.2.ff.illo titul. recepta ex Corras libr.3.miscel. cap.9. Molin lib 2.c.19.nu.19.

3 Solum faciebat dubium Ordin. lib. 2.titul.18. §.1. & 5. sed satisfit quod illæ Ordinationes non procedunt in his quæ pro anniuersarijs acquiruntur quia ex hoc titulo licet locis religiosis acquirere vt exprimitur in secundo articulo ex vndecim Romæ datis contra Regem Dionysiam; coram Papa Vrbano IIII. de quo latius dicomus alibi,& ideo confirmauimus.

S V M M A R I A.

1 *Pictores an sint mechanici.*

Patriæ consuetudo eos inter mechanicos reputat.ibi.

Priuilegium aliquibus concessum ostendit alios esse sub regula.ibi.

2 *Pictores ab omnibus sordidis muneribus excusantur.*

Interpretat §.Archiatros.ibi.

Triplex status in repub. consideratur.ibi.

Alij sunt nobiles, alij mechanici, alij priuilegiati. ibi.

Medicinæ ars non confert nobilitatem medico ignobili.

3 *Interpretat l. si non sortem §. libertus.*

Operæ officiales soli patrono debentur.ibi.

Fabriles operæ cuicunque debentur.ibi.

Differentia inter operas officiales & fabriles.ibi.

Priuilegium ob aliquam qualitatem datū illa finita extinguitur. ibi.

Respondetur ad Regiū dipploma.

DECISIO C.XIII.

An pictoria ars sit inter sedentarias connumeranda.



1 Ontrouersum fuit in Senatu an pictores sint inter mechanicos connumerandi, vel potius inter nobiles, & excusandi à muneribus sordidis, & sapientissimis Senatoribus placuit, Nonio (scilicet) d'Afonseca Cabral iurisprudentissimo, nunquam satis laudato domino Didaco de Brito excelsi ingenij, & eruditionis, & Emanueli Coutinho de Castellobranco Iurisconsultissimo, me reluctante, & causam pictorum agente, ne illi mechanici iudicarentur. Pro illa opinione ponderabant viri illi sapientissimi tex. in l. 1 C. de excusa. artifi. libr. 10. vbi de pictoribus agit, eosque inter mechanicos & artis sedentariæ professores enumerat, deinde l. hæc operæ. l. quoties ff. de oper. liber. l. si non fortem. §. libertus ff. de condict. indebit. faciunt quæ Alciat. reg 1. præsumpt. 48. nu 1. Garcia de expensis cap. 4. numer. 8. deinde patriæ consuetudinē quæ eos inter mechanicos reputat, quæ in his maxime attendenda, Mascard concl. 1095. num 12. Otalora de nobilit q 3. cap. 6 num. 6. quam confirmabat Regia prouisio, Regis Ioannis III. qua ipsis dabatur locus in publicis processionibus sub vexillo diui Georgij, vbi sordidæ tantum artes militant, nec inter pictores olei, & alios facienda erat differentia, ex his quæ Tiraq. de nobilit cap 34. à princ. vbi Senecam illud idem sentientem refert maxime quia in actis producebantur Regiæ prouisiones, quibus insignibus pictoribus speciale priuilegium immunitatis concedebatur, quod quidē ostendit ipsos esse sub regula, & succedit regul. l. fin. C de legib. Tiraq cessante causa. 1 part. limit. 1. num. 65. & de primogen cap 5. num. 6. nec obstat l. Archiatros C. de metatis libr. 12. iuncta l. 1. C. excusat artifi libr. 10. quia licet ibi excusentur non fiunt nobiles, Gallecus de expens. c. 4. nu. 4. quem citat Barbosa 7. part. l. 1. numer 56. Iulius Formicius lib. 9 cap. 9.

2 Ego aliter sentiebam pictoriæque artis professores ab omnibus sordidis muneribus excusandos, & ab oneribus personalibus, in cuius rei confirmationem, facit d. l Archiatros C. de metatis & epideme libr. 12. ibi, *nec non picturæ professores*, iuncta l. 1. Cod. de excusat. artifi. libr. 10 adhoc enim triplex status considerari debet alter nobilium alter mechanicorum, & sedentariæ artis professorum, & tandem priuilegiatorum, qui licet non sint nobiles, aliqua tamen lege à muneribus, & oneribus personalibus eximuntur, de his vltimis illud constat statum medium obtinere inter nobiles, & mechanicos, quaten⁹ immunes fiunt, quoad viuunt vt gramatici Sophistæ, Rethores, & Medici, & liberalium artiū professores, l 1 C de decret. decurio. l. 4 C. de professor. & medicis, l 10. § angariarum ff de vacatio. muner. explicat Cuiac. in titulum ff. de excusatio. 2. tom. fol. 662. Faber in suis

suis decisionibus, sub titul. de digni. & nobilit. diffinitione 9. & 12. Cabed. arest. 36. 2 part & facit Ord. lib. 1. titul. 90. § 6. & lib. 4. tit. 92 §. 1. Tholosan. in syntagma. iur. lib 19 cap 8. à num. 8. & sequentibus, Gutierr lib. 4. practicar. q. 7. & 8. Tiraq c. 20. de nobilit. sic videmus medicinæ artem non conferre nobilitatem ignobili, nec nobili adimere, ignobilis tamen si professor illius artis sit, quandiu viuit priuilegio gaudet immunitatis, l. medicos. C de professor & med. lib. 10. quia priuilegium ob aliquam qualitatem datus, illa finita extinguitur. l. athletæ §. gentium ff. de excusa. tutor. cum tamen negari nõ posit artem medicinæ esse nobilissimam, Faber. d. diffin 9. nu. 1. Tiraq. de nobilit. c. 31. Sicut & medicũ esse nobilissimum vt hodie apud nos est Doctor Balthasar de Azeredo primarius professor in Conimbricensi Academia, qui vltra acris & excelsi ingenij acumen ex antiquissima, & nobilissima familia trahit originẽ.

3 Vnde fit quod licet pictores verè & realiter nobiles non fiant, ex suæ artis professione, dum tamẽ eam profitentur, & magistri sunt, immunes fiunt, d. l. 1. C. de excus. muner. nec obstat d. l. si nõ sortem §. libertus, vbi inter operas fabriles enumerat pictorias, quia ille tex. non agit de pictore ingenuo, sed de liberto cui priuilegiũ immunitatis non conceditur vt patet ex d l. Archiatros, ibi, *dum modo tamen ingenui sint*, deinde ibi meminit operarum fabrilium respectu officialium, nam operas officiales, soli patrono solus libertus debet, vel filio ipsius non exhæredato, quia exhæredato vel extraneo hæredi solum debet præteritas quæ iam deberi cæperunt defuncto, non fideicõmissario Trebelliano. l. si patroni in princ. ff. ad Trebell. fabriles vero operas, cuicunque & à quocunq; deberi possunt, & in eis ea est differentia, quod operæ officiales etiam nõ iuratæ si præstentur nec promissæ, nõ repetuntur, quia debitæ patrono sunt attento iure naturali, in remunerationem acceptæ libertatis: at vero artificiales fabriles, vel pictoriæ, nõ debentur naturaliter, sed ex contractu, etsi per errorem indebitè soluantur, repeti possunt, & ad hunc effectum, & alios de quibus Cuiat. in titulũ. C. de bonis libertorum tom. 2. fol. mihi 623. tex. in d §. libertus, distinguit officiales à fabrilibus operibus, & pictorijs, nõ autẽ vt artem pictoriam fabrilem vocet.

4 Ad illud autẽ de Regio dipplomate, quod pictores inter mechanicos, insedere cogebat in processionibus publicis, satisfaciebam, alio dipplomate nouiori quo Regis, oraculo sancitum erat, vt illud antiquum non obseruaretur, & quod pictores essent immunes vt in alijs regnis obseruabatur, quod quidem iuuabatur sententia huius senatus, sic diffiniente & altera Portuensis senatus: nec pariter meo iudicio obstabant priuilegia magistris picturæ insignibus concessa, quia hæc nõ erãt data eo quod essent ignobiles, vel plebei reputandi, sed quasi declarando eos gaudere illa nobilitate causatiua, seu immunitate ratione sui magisterij, hæc postquam scripsi offendi huius opinionis fuisse Emanuelem Barbosam doctissimum in remiss. ad Ord. lib. 4. tit. 92. in additio nu. 14. vbi sententias citat in fauorẽ huius partis latas, sed contrarium placuit & sententia scripta est.

Post hãc sententiam in grauamine cuiusdam Petri Vieira pictoris oppidi de Torres nouas, qui electus fuerat ad munus sordidum Reip. ipse D. Didacus de Brito censuit ex artis priuilegio esse subleuandum cui accessi, & sic iudicauimus. Scriba Ioannes Baptista de Chaues.

SVMMARIA.

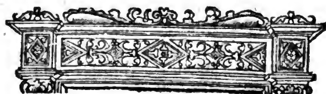
1 MAritus solus non distrahit.

2 Maritus tamen solus retrahit quia tunc consideratur tanquam acquirens.

DECISIO C.XIIII.

An maritus solus possit distrahere rem emptam ab vtroque cum pacto de retro, ad Ordinat. lib. 4. titul. 48.

1 MAritus cũ vxore emerat cum pacto de retro fundum, postea solus distraxit, cum venditore quærebatur, an valide in causa Antonij Florim contra Emanuelem Fernandez, scriba Georgio Fernandez, & placuit senatui non posse solum distrahere visa generalitate Ordinationis libr. 4. titul. 48. quæ etiam hunc casum compræhendit, de quo Tiraquell. in leges connubial. gloss. 5. num. 4. Menchaca vsufrequentium lib. 1. cap. 11. Valasc. conf. 77. ex numer. 3. & conf. 83. licet non improbabilia sint fundamenta, pro contraria quæ citat Menchaca vbi supra: si tamen casu è contrario sit quando maritus solus retrahit, sine vxore rem á se, & vxore venditam, videtur quod possit quia tunc non est alienatio, sed acquisitio, Pelaes de maiora. libr. 4. quæst. 1. limit. 1. habetur in cap. ad aures de rebus eccles. Deci. conf. 124. numer. 3. Gomez in l. 54. Tauri num. 2. Tiraquel. ad leges connub. gloss. 8. à num. 56.



SVM-

SVMMARIA.

1 DVm vocati reperiuntur hi præferendi sunt.
Conditio commorandi cum matre & sororibus est nulla.
Conditio remittitur solum respectu religionis veræ non vero alterius viuendi modi. ibi.
2 Viduitas temporalis iniungi potest quando conditio non apponitur ad impediendas nuptias.
3 Contrarium placuit.

DECISIO C.XV.

An conditio viuendi in certa domo posita virgini sit remittenda quasi nuptiarum impeditiua.

DIsposuit pater decedens in suo testamento quod filiabus, & vxori suam tertiam bonorum relinquebat, ea conditione quod viuerent, in ea religione, in qua vsque ad præsens viuebant, intra paternos lares, domo ad modum religionis instituta: alteraq; ex filiabus decedente alias substituit, labente tempore vxor decessit, altera ex filiabus contraxit matrimonium, altera ingressa est religionem, & ibi fructus tertiæ bonorum collegit, & tandem occubuit. Et quia de maioratus successione agebatur in eadem tertia instituti, contendebant filij defuncti masculi, filia, cum altera filia seniore, quæ in vita patris matrimoniũ contraxerat: inter quos se opposuit altera filia, ex earum numero, quibus erat commendatum vt in religione viueret, cũ sororibus, inter quas facta fuerat substitutio, ius vtriusque partis in eo consistebat, quod masculi filia locum patris ingressa per repræsentationem præferenda videbatur, seniori filiæ, & pariter oppositrici, quia ipsa conditioni non paruit, & cum contraxerit matrimonium expirauit substitutio, quæ tamen allegabat pro se, illam conditionem religionis remittendam fore, tanquam nuptiarum impeditiuam, & ipsam tanquam substitutam suis sororibus etiam si contraxisset præferendam, ex speciali vocatione, qua iuuabatur, quia dum vocati reperiuntur, hi reliquis consanguineis præferuntur, l. cum ita §. in fideicommisso ff. de leg. 2. & inter vocatos prius fit locus nomine proprio vocatis, l. quoties § si quis nomen ff. de hæred. instit. l. nominatim ff. de conditio & demonstratio, Gomez 1. tom. cap. 2. num 6. d § in fideicommisso, ibi, *hi ad petitionem eius admitti possunt qui nomi-*

nati sunt, & post eos extinctos qui ex nomine testatoris fuerint, Socin. consf 151. num. 31. lib. 4. Cephalus conf 416 num. 23. & 24. lib. 3. Valasc. conf. 121. nu. 2. & 171. num. 19. Molin de primog. c. 4. num. 33. lib. 1. Gama decis. 354. Surdus cons. 362. num. 6. lib. 3. & 403. num. 16. Mastrillo decis. 55. num. 9. & 10. placuit doctissimis D. Ludouico Mendez Barreto senatori sapientissimo, & D. Nonio d'Afonsequa Cabral pro filia substituta quæ matrimonium contraxerat iudicandum confirmando iudicis sententiam, ex eo quod conditio illa cõmorandi, cum sororibus, & matre, fuerat nulla, ex l. cũ tale §. si ex arbitratu ff. de cond. & demonstr. l. Titiæ eod. vbi Ægid. 1 part. num. 43. Sanches de matrim lib. 1. disput. 34. num. 15. ad fin. Mantica de coniectur. lib. 11. titul. 19. num. 29 Molin. Theolog. disput. 206. conclus. 2. Costa in d. l. cũ tale ampliat. 1. num. 1. Et insuper quia verba institutionis non poterant, intelligi de religione propria, & vera, cum sint de præsenti, ad illum modum religionis, qui in clausura potius consistebat, & vita religiosé agenda, quod aperte suadebatur, ex substitutione inter filias facta, quæ locum habere non potuisset, si de religione vera sensisset, quia statim bona monasterio acquirerẽtur, ex reg. auth ingressi C. de sacros. eccles. vnde patet de domo propria sensisse, ibi, *na religiaõ em que de presente viuem, &c.* cum tamen opinio communis conditionem remittendam tantum dicat, respectu veræ religionis, vt per Sanches & supra citatos, D. Didacus de Brito cõtrarium amplexus sentiebat conditionem illam valuisse, quia de maiori bono, & obligasse quia etiam sub illo religionis modo, illa commorandi cum sororibus continebatur conditio, ex his quæ Thom. 2. 2. quæst. 81. art. 1. & quæst. 186. de quo est Glos. in cap ecclesia de constitutio vbi Abb. & Deci. num. 11. glos. in Clem. 1. de religios. domib. & in Clem. cum ex eo de sent. excommun quia tamen replicari potest, quod etiam si hic cõmorandi, & viuendi modus religionem referat, tamen communis opinio vt supra tetigi remittendam dicit conditionem solum respectu veræ religionis, vel clericatus.

2 Ideo ego dixi quod viduitas temporalis vel perpetua iniungi poterat quando conditio non esset apposita ad impediendas nuptias, sed ex alia iusta & vrgenti causa, licet in consequentiam, & per accidens contingeret, nuptias non sequi, l. sed si hoc §. fin. ff. de conditio & demonstrat. ibi, *à liberis ne nupserit quia non est contra legem Æli assentiam si ex causa honesta & iusta viduitas iniuncta sit*, etiam si sit perpetua l. Titio §. serui ff illo titul. vbi seruo relinquitur libertas si vxor nupserit, & tamen per indirectum nuptiæ cohibentur, quia solum attenditur illud quod principaliter agitur, Costa in d. l. cum tale §. si ex arbitratu ampliat. 8. num. 5. & in fine, facit l. legatũ ff. de annuis legat. l. fin. ff de statu lib. ex quibus fit quod sine vlla iuris violatione, illa conditio monachatus vel clericatus valida est, & adimplenda Costa vbi supra limit. 3. Sanches vbi supra num. 15. Vnde in casu præsenti cum illa religionis conditio eo modo sumpta valeat, illa ex filiabus quæ nupsit, ilico exclusa mansit, & substitutio expirauit, quæ semel exclusa amplius nequit admitti, licet excludendi causa cesset, cap. 1. § quin etiam, Episcopum vel Abbatum vbi l seruia Bart in l. fin. §. quando num. 2. ad fin. ff ad Tertull. Cassanate conf. 4. num. 110. Gama decis 27 à princ. nec Actrix iuuari potest ex vocatione quia illa vocatio fuit respectiua, & restricta ad tempus quo in communitate viuerent.

3 Ex quibus cum Actrix sit filia filij masculi, & successio versetur in secundo gradu, idest in secunda vocationis

tionis forma, scilicet inuitando proximiores reliquos excludit, filia ex filio masculo, repræsentando patrem suum ex reg. auth. post fratres Cod. de suis & legitim. hæred. Placuit tamen contrarium, & cum primis dominis sententia scripta est in fauorem filiæ quæ matrimonium duxerat, & dixerunt substitutioni adhuc locum esse, dum ipsa viueret, quia ipsa pro se habebat specialem vocationem defuncti. Scriba Antonio de Carualho.



SVMMARIA.

1 *Cessat repræsentatio vbi vocatur filius senior.*
Lex Regia licet concedat repræsentationem tamen concedit testatori vt aliter disponere possit si velit. ibi.
Coniecturæ hoc casu sufficient. ibi.

2 *Vocatio filij maioris facit vt præsumamus sensisse testatorem de filio maiori naturaliter.*
In dispositione hominis verba propriè accipienda sunt. ibi.
Dictio maior refertur ad ætatem considerato tempore successionis. ibi.

3 *Per vocationem filij maioris non tollitur repræsentatio.*
Tripliciter filius ad maioratum inuitari potest. ibi.
Vel vocato filio maiori, vel maiori tempore mortis, vel vt defferatur de maiori in maiorem. ibi.
Primo casu non tollitur repræsentatio secus in secundo & tertio. ibi.
Facta mentione mortis vocatio fit conditionalis. ibi.
Facta vocatione de maiori in maiorem cessat repræsentatio ibi.
In hac vocatione pro possessore iudicandum si quæstio est inter patruum & nepotem. ibi.

4 *Ordinatio Regia lib. 4. titul. 100. quatuor casus inuoluit.*
Primus est dum concedit repræsentationem in infinitum descendentibus à primo institutore. ibi.
Secundus, quod idem sit in transuersalibus si sint descendentes à primo.
Tertius, quod in transuersalibus à primo & vltimo possessore seruetur ius commune. ibi.
Quartus casus est, quando transuersales à primo, sunt descendentes ab vltimo possessore. ibi.
In primo casu concedit repræsentationem perpetuam.

6 *In secundo casu concedit repræsentationem perpetuam sequta opinionem Gregorij.*

7 *Ponderantur illa verba legis Regiæ, ibi,* posto que o filho mais velho.

8 *In tertio casu supponit esse transuersales tam à primo quam ab vltimo iubet vt obseruetur ius commune.*

De iure communi repræsentatio vltra secundum gradum non porrigitur. ibi.

9 *In quarto casu nihil decidit lex Regia.*

In hoc quarto casu liberum erit pro patruo iudicare. ibi.

Supposito quod lex Regia repræsentationem aliquibus casibus concessit in omissis ex intentione legis repræsentatio elargienda est. ibi.

10 *Repræsentatio lineæ transuersalium ac descendentium diuersimodè concessa est.*

Quid in descendentibus ab vltimo possessore si ab instituente nõ descendant.

DECISIO C.XVI.

An repræsentatio cesset quando ex forma institutionis vocatur filius senior, ad Ordinat. lib. 4. titul. 100.



INstitutor P. cuiusdã maiorat' in hęc verba prorupit, *E por morte do ditto Thome Gonçaluez a ditta fazenda serà entregue por inuentario à seu filho mais velho, & a possuirá em sua vida; & mando que cada anno diga a ditta Missa, & dahi adiante discorrendo para sempre ao filho mais velho, do que esta fazenda succeder: & não auendo o ditto Thome Golçaluez, filho, nem os que despois delle succederem, auerà a ditta fazenda o parente mais chegado della testadora.*

1 Contigit quod filius maior ex primo vocato decessit in vita patris, relicta filia, & altero filio secundogenito, qui patre defũcto possessionẽ maioratus accepit, nepos ex filio seniori susceptus, contra patruum agebat, vt maioratum dimitteret, & in eius fauorem sententia prolata est à iudice: quam reuocandum primi domini dicebant, ex eo fundamento, quod ex forma huius vocationis cessare debebat repræsentatio, quia vocatur filius senior possessoris, quia licet in maioratibus attenta lege Rigia lib 4. titul. 100. sit concedenda repręsentatio, non solum quando agitur de succedendo institutori ascendenti, sed etiã quando maioratus sit institutus in persona transuersalis, prout in præsenti dummodo tamen ab eo transuersali descendant, hi qui inter se contendunt, vt videtur sentire Molin. de primogen. lib. 3 c. 7. nu. 7. Gouar. pract. cap. 38. num. 10 Gomez in l. 8. Tauri num. 6. & 9. explicantes legem 40. Tauri quæ est nostræ similis, tamen eadem lex Regia in §. 1. permittit ab hac regula discedere, quando testator aliter senserit, vel disposuerit, dixi senserit, quia coniecturæ sufficiunt ex Bald. in l. libertis C. de oper. libert. Palati. in d. l. 40. Taur. n. 22. & in l. 45. Taur. n. 22.

Molin

Molin.lib.3.c.8.num.5. Gregor.in l.3. titul.13. part.6. verbo mugeres col. 7. ad fin.vers.ideoque, Castillo lib.2.quotid.c.20.num.28.

2 In hoc autem maioratu enixæ voluntatis argumenta reperiuntur, nempe vocatio filij maioris, quæ sufficit, vt intelligamus sensisse de maiori naturaliter, non perfictionem ex his quæ Alex.conf 4. lib.4. nun.13. Bero. consf.120.lib.2. num. 55.communiter recepto quia in dispositione hominis verba proprie accipienda sunt, Peregrin.de fidei.art.21. n.17. in fine, quia hæc dictio maior semper referenda est ad ætatem considerato tempore successionis ex Alex.d.loco quem sequitur Alciat. lib. 8. parergon. c 15. pro quibus induci potest tex. in l. cum pater §. hæreditatem ff.de legat.2. ibi, *qui eo tempore vixerint*, Tiraq. de primo quæst.40.num.160. Bero. consf.71. nu. 22. Gama decis. 307.num.4. Costa de successione regni 1.part.num.11.Peregrin.consf. 64. in fine, Menoch. consf. 442.num.19.qui hanc opinionem cũ contraria nititur componere, quod illa clausula inter descendentes non tollat repræsenationem, alias secus quæ conciliatio nostro casui adaptatur cum prætensores non descendant ab instituente, quare visa Ord.lib.3.titul. 64. quæ sequi iubet communem opinionem doctorum in iudicando, videbatur temerarium ab illa discedere, quia cum successio hæc seniori desferatur, intelligitur de maiori in maiorem; Valasc. de iure emphyteu. quæst.50. num.17. & iura maioris & primogeniti occupat filius superstes tempore mortis, vt nepotem excludat.

3 Contrarium dicebam, & hoc casu nec iure communi nec Regio denegatam repræsentationem esse dixi, de iure communi, quia eo attento tripliciter filij maioris vocatio fieri potest, vel simpliciter vocato filio maiori, vel filio maiori qui reperiatur tempore mortis, vel tandem vt de maiori in maiorem filium, & eius descendentes transeat successio. Primo casu non censetur sublata repræsentatio, quia de natura maioratus est. vt ad seniorẽ deueniat, l.fin.ff. de fid. instrum. Molin.lib.1.c.3. num.7 & lib.3 cap.1. & 2. Ord.lib.2.titul 36. §.1. &. 3. nec talis expresio cum de iure in sit, mutat naturam vocationis, l.3.ff si cert.petat. l.si ita legatũ §. illi si volet ff de legat. 1. Molin.lib.3.c.8.nu.19.Gratus libr.1. responsf.6.num.10. Castillo lib 3. cap. 19.num.324 In secundo casu receptissimum est, repræsentationem cessare, ex mente loquentis, quia videtur restricta concessio ad filium maiorem qui tempore mortis reperiatur viuus, & superstes.d.l.cum pater §. hæreditatem ff de leg.2. ibi, *qui eo tempore vixerit &c.* Peregrin.d.consf.64.in fine, Menoch d consf.442.num 19 & consf.269. num.55. Alex d.consf.4.lib.4.late idem Menoch consf 269. n.55.& eo modo sub cõditione emissa est si tẽpore mortis viuat, explicat Costa de successioni Regni fol.11.& 91. Rota diuersorũ 3.p. decis.911.vbi iudicatũ refert D. pater meus consf.15.nu.20.Sese decis.64. nu. 13. Zeuallos quæst. 694. Valasf. consf. 140. licet plurimi ex modernioribus contrarium sentiant, etiam ex hac vocatione repræsentationem admitti, vt dixit Molin.lib.3 de primog c.8.num. 19.Auend d.l.40. Glosf. 17. num. 24. Gomez ibi nu.65. vers.sed his, Couar. d.c.38. num. 7. Castillo de maiorat. quæst.19.n.340. qui tamen omnes loquuntur supposita lege Tauri quæ repræsentationem concedit, tam descẽdentibus ab institutore, quam etiam transuersalibus, in omnibus casibus nisi aliud testator exprimat.

In tertio tandem casu sicut in secũdo dicendum est in quo res manet magis sine dubio, supposita vocatione maioris filius & filiorum ipsius de maiori

maiori in maiorem quo casu cessare ræpræsentationem dixit Gama decis. 160.num.3.Gutierres cons.4.num.26. Castillo rerum quotidian. c.19.num. 20.Alexander quem omnes sequntur in d.cons.4.lib.4. Alciat lib.8. parergon c.15.In qua quæstione si inter patruum & nepotem mouetur, quia satis controuersa est,an ex tali vocatione de maiori in maiorem cesset repræsentatio,quia verba testatoris proprie, & non perfictionem accipienda sunt,l.3.§.hæc verba ff.de negot. gest. Bart in l.omnes populi ff.de iust.& iur. solitus sum pro possessore iudicare ex consilio Decij lib.4.cons.1. Cirier de primo lib.1. quæst.11. conclus.3.idem ingeminis Bart.in l.qui duos §.cum in bello ff de rebus dubijs in princ. n. 5.idem Decius cons.443. num.28. & cessante possessionis prærogatiua, præfertur qui maior est naturaliter, Tiraq.de primog.quæst.40.num.229. Costa de regni succesio fol. 187. Quintalian. reg.6.quæst.20.

4 Dixi de iure Regio idem esse quod comprobatur si aduertimus Ordinationem Regiam d.titul. 100. quatuor casus in voluere primus est, dum cõcedit descendentibus ab instituente repræsentationem perpetuam & in infinitum: secundus quod idem fit in transuersalibus si descendant à primo institutore: tertius quod in trãsuersalibus ab vltimo possessore seruetur ius commune: quartum casum omisit,quando transuersales à primo, descendentes sunt ab vltimo possessore.

5 Et in primo casu concedit descendentibus ab instituente repræsentationem perpetuam, prout erat de iure ex reg. c.1. de natura succesio. feud. ibi, *omnes per masculos descendentes vsque in infinitum*. Authent. de hæred.abintestat.ibi, *aut alios descendentes*, glos.§.multis verbo vsque ad quintum instit. de succesio liberorum,Gregor. l.3.titul.13 part.6.Cuiat.lib.1.de feud. titul.4 de success.feud.tom.3 fol. mihi 1819. vbi Othonis primi Imperatoris eam quæstionẽ refert fuisse cõmissam, gladiatorio certamini,& nepotibus cessit victoria, facit ratio l. cum auus ff. de cond.& demõstr. facit l. 40. Tauri ex qua hæc Ordinatio videtur desumpta & ex l 5. tit.7. lib.5.nouæ recopil. Peralta in rubr.ff.de hæred. instit. nu. 122.Molin.lib.3.c.7.per tot.& sic sopiuit quæstionem an repræsentatio extendatur, vltra pro nepotem, & vltra pro auum in ascendentibus in qua negatiue dixit Angel. & alij quos citat Paris.lib.2.cons.40 num.30.

6 In secundo casu exequauit Regia Ordinatio transuersales ipsis descendentibus, quando ipsi pariter descendant à primo institutore quia ea prærogatiua iuuabuntur perpetuæ repræsentationis etiam si agant de succedendo transuersali, ibi, *mas em respeito dos transuersaes sendo descendentes do instituidor*, in quo amplexa fuit lex Regia opinionem Gregorij Lopes in l.2.tit.15 part.2.verbo El mas propinquo,vbi tenet perpetuam repræsentationem transuersalibus non competere nisi à primo descendant, imò & legem Tauri 40. sic interprætandam asserit,inclinat Gomes in l.8. Taur.n. 20.quam tamen aliter accipit Molin. libr.3.cap.7. num.8. & 9. & probatur ex verbis eiusdam legis in vers. o que naõ somente auerà lugar,visa relatione casuum concessa repræsentatione transuersalibus descendentibus à primo,ac concedit ipsis descendentibus inter se,ex regula l.asse toto ff.de hæred instit.

7 Nec obstabunt verba Ordinationis ibi,*posto que o filho mais velho morra em vida de seu pay ou do possuidor*, quibus videtur comprobare sufficere quod descendant a possessore cum tamen eo casu posit quis descendere ab vltimo possessore cum tamen sit transuersalis

uersalis nec descendat à primo instituore, quia illa verba duos casus inuoluunt, primus est quando filius descendens ab institutore moritur in vita patris sui, nondum possessoris, in maioratu qui postea successit, vel quando iam pater possidebat, ibi, *do possuidor*: erat enim dubium quando pater non posidebat maioratum, vt habetur in cap. 1. de succesion. fratr. & in c.1. de succesio feud. notat Molin. lib. 3. cap 6. num. 34. nec occupauerat caput lineæ, mortuo eo tempore filio, ipse transferret in suos descendentes perpetuum ius repræsentandi, vt eius descendentes secundogenitum excludant, & quia receptius est, hoc casu dari lineam primogenituræ, ex Tiraquell. de primo quæst. 40. nu. 6. ex authoritate Bald. in l. cum antiquioribus C. de iur. de liber. num. 10. in hoc casu hanc eandem lineam constituit Regia Ordinat. ac ipsa lex Tauri 40. statuens, vt vel pater occupauerit, vel non ius repræsentandi transmittat, Afflict. in d. cap. 1. num. 27. Molin. libr. 3. cap. 4. nu. 14. Couar. d cap. 38. num. 6. Et pondero quod in illo versiculo O que não somente, cõtinuatiuè ad præcedentia agit, de transuersalibus descendentibus, prout supra egerat, de ipsismet descendendentibus, & hos inter se exæquat, & vlterius pondero vltimum versiculum, ibi, *E nos transuersaes que não forem descendentes, &c.* & in his ius commune seruandum decidit, vt igitur conueniat aduersatiuà, primæ resolutioni, illa exceptio regulam contrariam confirmat, Bart. in l. in his ff. de legib. Donellus in l. fin. Codic. de actio num. 7.

8 Tertium casum ponit Regia Ordinatio in vltimo versiculo vbi agit de transuersalibus, respectu vltimi possessoris, & instituentis, vt colligitur ex illis verbis, *E se os transuersaes não forem descendentes do instituidor se guardarà o direito commum*: supponit namque esse transuersales vltimo possessori, & pariter non descendere à primo, respectu ergo vtriusque erant transuersales, & in his iubet vt obseruetur ius commune, secundum quod repræsentatio vltra secundum gradũ non porrigitur auth. post fratres Cod. de suis & legitim. hæred. auth. cessante eod. titul. auth. de hæred abintestat. § si igitur col 9. & concedendam hoc modo sequitur Castillo de maiorat. cap. 19. à numer. 90. Gutierr. libro 3. practic. quæst. 66. num 32. Couar. dict. cap. 38. num. 10. licet alij eam hoc casu negent vt Gama decis. 346. numer. 2. Tiraquell. quæst. 41. nu. 4. Maquerco de diuis. libr. 1. cap. 6. num. 61. Menoch. libr. 4. præsumpt. 95 num. 13. Valasc. quæst. 50. num. 33. Mantica de coniectur. libr. 8. titul. 9. num. 4. Menoch. consl. 124. nu. 88. lib. 2.

9 Quartum casum lex Regia nõ decidit quando scilicet inter se contendunt transuersales à primo qui tamen ab vltimo possessore descendunt, vnde si contingat patrui, & nepotis quæstio, inter hos erit liberum iudicanti, ex iure communi quæstionem decidere, & quam malit opinionem sequi, nec ex eo dicetur contra legem Regiam pronuntiasse, in qua quæstione patrui, & nepotis, quam variè scriptum sit, videndus Zeuallos quęst. 197. & 762. Farin. decis. nouissima 395. Castillo d. cap. 19. Flores decis. 93. Borrelus cons. 92. D. Caldas Pereira receptarum quæst. 19. & cons. 30. & cons. 15. num. 20. idem Castillo c. 20. & lib 3 cap. 15. Gutierr. practic quæst. 66. & 67. Surdus cons 403. vltra alios quos omitto ab ijsdem citatos non diffitebor tamen quod supposito quod Regia Ordinatio in alijs casibus repræsentationem concessit, hoc exemplo idem admittendum sit in his transuersalibus, quibus non desunt, qui perpetuam etiam repræsentationem acc-

modent, quibus tamen eam cōcedere non audeo ex mea sententia, cum illa solum descendentibus ab institurore concessa sit, per d. legem Regiam

10 Obstat tamen quod repræsentatio reperitur concessa lineæ collaterali, ac data est lineæ descendentiū, respondetur namque diuersimodè cōcessam vno casu restrictam ad secundum gradum in alio absolutā, & perpetuo, vt per Gamam decis. 345. nu. 2. Couar d cap. 38. num 5. D. Caldas Pereira de nomin quæst. 17. nu. 29. Quare verius videtur hic vltimus casus, virtualiter comprehensus sub vltimo versiculo huius legis, vt sicut in transuersalibus á primo, & vltimo, repræsentatio solum vsque ad secundum gradum concessa est, sic pariter in descendente ab vltimo, si à primo nō descēdat. vel dici potest quod in transuersalibus à primo qui ab vltimo descendūt, quādo scilicet eius pater possedit maioratum, tunc eius primogenitus perpetuam habeat repræsentationem, nō ex hac Ordinatione quæ eam non concedit, nec de iure communi quod ad descendentes à primo dirigitur, sed ex quadam interpretatione collecta ex superioribus casibus quia cum Ordinat. Regia quæ nostrū ius commune est perpetuam repræsentationem admiserit primo casu; congruum vt vltimo casu etiam concedatur supposito quod lex Regia iam repræsentationem contra nepotem admisit.

Ex quibus cum filia in præsenti patrem repræsentet, quia vsque ad illum gradum repræsentationi est locus d. auth. post fratres; licet ipsa á primo non descendat sed tantum ab vltimo possessore, vt supra dixi pro illa iudicauimus, & hanc sententiam sequti fuere posteriores iudices, & sententiam scripsimus. Scriba Ioanne Cardoso.



SVMMARIA.

1 *PRælati laicos per suos ministros an capere posśint.*

2 *De iure communi plures Doctores tenent posse laicos capere.*

3 *Contraria sententia communis.*

4 *Alij mediam sequuntur viam vt suam sententiam exequatur in criminalibus non vero in ciuilibus.*

5 *Alij facultatem capiendi concedunt in causis spiritualibus, & criminalibus mixti fori capitalibus.*

6 *Prælati de sæculari iurisdictione nihil sibi assumunt præter illud quod lege consuetudine, vel priuilegio est concessum.*

Iudex ecclesiasticus non habet territorium. ibi.

In causis mixti fori sola cognitio mixta est non vero ipsa districtio. ibi.

7 *Regula in hac materia.*

Laici respectu iudicis ecclesiastici alterius territorij sunt.

8 Præ-

8 *Praescriptio immemorialis requiritur vt haec iurisdictio acquiratur.*
Interpraetatum cap. contra idolorum, & cap. attendendum. ibi.
Crimen sacrilegij sapit haeresim. ibi.
Qui per annum non resipiscit tanquam suspectus de haeresi coram ordinario accusari potest. ibi.
Si de hoc cognoscunt inquisitores laicum capere possunt secus si ordinarius cognoscit. ibi.
9 *Apud nos iurisdictionalia solo tempore sine titulo non praescribuntur.*
Praelatis tamen datum est solo tempore praescribere. ibi.
Interpraetata Ordinat. lib. 2. titul. 9. §. 1. ibi.
10 *Interpraetatum sacrum Concilium Trid. sess. 25. de reform. cap. 3.*
Saeculares suas sententias exequuntur in bonis clericorum quando in saeculari litigant secus ecclesiastici in bonis saecularium. ibi.
11 *De iure Regio Praelati capiunt laicos per suos ministros.*
Ponderata lex extrauagans cum Ordinatione d. tit. 9. §. 1. ibi.
12 *Lege Sebastiana cautum est libere capi posse laicos.*
Explicata Ordinat. libr. 2. titul. 1. §. 13. ibi.
15 *Rex non potest iurisdictionem alienare quia non ipsius est sed regni.*

DECISIO C.XVII.

An Praelatus possit capere laicos per suos ministros in causis quae in iudicio ecclesiae tractantur, ad Ordinat. libr. 2. titul. 1. §. 13. & titul. 9. §. 1.

1 Etus est quaestio, & non satis vqusque intellecta an Praelati laicos, in causis ad illum forum spectantibus, quando iustitia id exigat, per suos ministros capere possint, praestant dubitandi ansam Ordinationes Regiae quae variè loquuntur, nam si attendimus ad Ordinationem libr. 2, titul. 13. in vltimis versiculis aperte decidit, quod Praelati laicos in casibus de quibus cognoscunt, possunt capere, lata finali sententia, quando iudicialiter procedant, idem insinuat titul. 9. §. fin. quod tamen negat Ordinat. libr. 2. titul. 9. §. 1. vbi Praelatis denegatur capiendi facultas nisi quando aliás legitima praescriptione muniti proponantur ad idem conducit Ordin. dict. titul. 8. §. 1. & 2. dum ad captu-

ram sæcularis iudicis auxilium implorandum decernit.

Cum itaque Ludouicus da Sylua, super causa matrimoniali conuentus, eam in gradu appellationis prosequeretur, in hac ciuitate, in carcerem detrusus fuit, quousque magnam de iudicato soluendo cautionem præstaret, propter timorem fugæ: cumque per familiam ecclesiasticam caperetur, ad Regiũ tribunal supplicauit, vbi cum causa discussa fuisset, variaque essent senatorum vota, tandem obtinuit ipsum é carcere relaxandum ad Pallatij Senatores amplissimos re delata ibi denouo causa discussa fuit, & veluti diuino oraculo sancitum sententiam reuocandam.

2 Et quia quæstio est valde ardua, & non satis nota de eius intellectu paulisper agendum duxi, etsi ad ius commune attẽdimus non defuerunt qui dixerint Episcopos in causis ad suum forum pertinentibus, laicos capere posse, vt per Domin. & Perus. in cap. cum Episcopus de offic. ordin. Felin. in cap. cum sit num. 10. de foro compet. additio ad Bernar. reg. 197. Couar. practicar. cap. 10. num. 2. vers. secundo, Pas. 2 tom. præludio 2. n. vlt. Menchaca de successio creat. 3 part. §. 22. num. 18. Palati in rubr. notab. 2. num. 17. Aufrer. de potestate ecclesi. super laicos in princip. Humada in l. 48. titul. 6. part 1 gloss. 8. numer. 5 pro quorum opinione adducitur tex. in cap. idolorum 26. quæst. 5. cap attendendum 17. quæst. 4. Concil Trident. sess. 25 de reform. cap 3 ibi *personarumque districtionem*, Cabalus in practica. crimin. cas. 194. numer. 9. nouissime Marta de iurisdictione 2. part cap. 29. per tot. & 1 part cap 50. nu. 10.

3 Verum contrariam vt veriorem plures amplectuntur quod nec Prælati laicos capere, nec in eorum bonis facere valeant executionem, nisi per inuocationem brachij sæcularis, & esse de iure Canonico, probant tex. in cap. postulasti de homicid. cap 1. de offic. ordin. quos citat Peres lib. 8. ordin in finali additione fo. 396. Aufrer. in Clem. 1. de offic. ordin. sub titulo de potestate eccles. Clarus libr. 5 practi crimin § fin. quæst. 37. Couar. d cap. 10. à princip. Auendan. cap 1. prætor num 22. libr. 1. Auiles prætor cap. 20. verbo vsurpan in princip. Villalobos in ærario lit. P. num. 299. & esse communem tuentur plures à Couar. d. loco citati, & Claro vbi sup. numer. 8. & iudicatũm dicit Boer. decis. 217. numer. 11. Azeued. ad leg. Castel. l. 14. titul. 1. libr. 4. Salzed. in practicar. Canon. cap. 122. vers. illud, Sese cap 9. §. 2. num. 33. Bobad libr 2. cap. 17. num. 167. Menoch. consi. 1000. numer. 74. & in specie Gutierr. libr. 1. practicar. quæst. 45. num. 1. pro quibus est tex. in cap cum Episcopus de offic. ordin. libr. 6.

4 Alij mediam sequuntur viam, quod iudex ecclesiasticus suam sententiam exequi possit, in causis criminalibus ad suum forum pertinentibus, non vero in ciuilibus quia in his tenetur sæcularem iudicem requirere, vt dixit Humada vbi supra numer. 5. vers. tertio. Alij aiunt quod Prælati possint mulctas pecuniarias, pro punitione delictorum laicis imponere, in pios vsus erogandas, ex Couar. 2. resolu. cap 9. num 9 & probatur in cap dilectus 18. de offic. ordin. cap. si vos, ibi, *per pecuniæ priuationem*. 23. quæst. 5. cap. venerabilibus § denique de sent. excommun. libr 6. probat sacr. Concil. Trident d cap 3. At vero in alijs pænis, pro delictis impositis, minime laicos capere posse, nisi ad hoc legitima sint muniti præscriptione, ex Couar. vbi supra, Pal. in cap. significasti in fine de offic. de leg.

5 Alij episcopis facultatem capiẽdi cõcedunt in causis spiritualibus, & in

& in criminibus mixti fori, capitalibus quia in his natura rei exexposcit vt capi posśint etiam si ad id Prælati nulla muniantur consuetudine, quia talia crimina nequeunt sine reorum custodia, commode puniri, l 3. ff. de custod. reorum cum ad illud carceres instituti sint, l. aut damnũ §. solent. ff. de pænis. Vnde fit quod quando conceditur episcopo facultas cognoscendi, contra laicum de crimine, capitali, illico censeatur concessa capiendi potestas, quia concesso vno, &c facit cap. quamuis de pænis lib. 6. d c. idolorum c attendendum, licet aliud dicendum sit in causis ciuilibus, vel in causis correctionum vel visitationum, vbi laicus non puniendus sed corrigendus iudicium ecclesiæ subit.

6 Vt igitur rem melius aperiamus, prius discutiendum est quid attento iure communi sit, deinde quid attento iure Regio etsi ad iuris fontes respicimus, indubitati iuris est, quod Prælati de ciuili potestate nihil amplius sibi arrogare possunt, quam illud quod iure communi attento illis cõpetere dignoscitur vel ligitima præscriptione, vel principum priuilegio, c. nouit de iudic. ibi, *non putet aliquis quod iurisdictionem illustris Regis francorũ minuere intendamus*, nam in alijs habet Princeps suam intentionem fundatã præter alios Cabed. decis. 9. part. 2. & decis. 12. & 41. n. 2. Vnde cum hic casus capiendi laicos, in casibus in quibus ipsi contra eos cognoscunt, iure non sit expressus, inde fit, quod destricto personalis quæ his casibus non ad securitam rei ordinatur, ex d. l. 3. ff. de custod reorum sed ad pænam criminis tendit, vt patet ex d. cons. d c 3. ibi, *personarumque districtionem*, non debet illis concedi adhoc vt per eorum ministros expediatur, cum æque bene vel melius per sæculares ministros, fieri posśit, sicut alias ipsi prælati non possunt attento iure suas sententias in bonis etiam clericorum exequi, extra suam Diocæsim c. postulasti 14. de foro compet. & à fortiori contra laicos, qui alterius sunt Imperij, iudicum enim ecclesiasticorum nullum est territorium, & extra illud agunt dum suas sententias in laicos exequuntur, notauit Azeuedo d. l. 14. num. 2. & 3. Cynus & Bald. in l. episcopalem num. 2. Cod de episcop. aud. Cassan. rubr. 1. §. 6. num. 90. Guilelm. in cap. Rainutius, verbo & vxorem nu. 424. & probatur ex his quæ Alciat. in l. pupillus §. territorium ff. de verbor. signi. Cabalus cas 194 num. 2. Menoc. cons. 1000. numer 82. Oldrad. cons. 17. numer. 2. Boer. decis. 264. numer. 3. Belluga in specul. rubr. 22. sub titulo de iurisdictione numer. 48. Vnde licet in causis mere ecclesiasticis prout est hæresis iudex ecclesiasticus laicos capere posśit, vt in cap. vt inquisitionis §. prohibemus de hæretic. Oldrad. cons. 86. in fine Romanus singul. 703. Couar. practicar libr. 1. cap. 10. num. 2. Clarus §. hæresis numer. 5. Rojas in tractat. de hæret. singul. verbo iudex de quare numer. 4. In causis tamen mixti fori, licet delinquens de foro ecclesiæ efficiatur, nec aliud á lege concessum reperiatur, ecclesiastico iudici quam ipsa cognitio, non debet extendi ad distrionem corporalem, quæ specialem requirit concessionem, quod non obscure tradit Imol. in dict. cap. cum episcopus, vbi tex. posse solum capi clericos asserit Innocent. in cap. significantibus de offic. de leg. auferens ecclesiastico iudici potestatem exequendi sententiam in ciuilibus, Menoch d. cons. 1000. numer. 77. idem ergo dicendum est in persona, cum de re ad personam valeat argumentum, Auiles prætor d. cap 20. numer. 14. Salzed. in practicar. cap. 150. Belluga in specul. rubric. 12. §. quædam, vbi

late eandem tenuit Foller.in pract. criminal.cano.fol. 97. num. 52. dicit cõmunem Menchaca lib.3.de testam. §.22.post num.17. & dicit iudicatum Papo lib.1.titul.5.Arest 26.

7 Vnde regula est constituenda quod attento iure Prælati seu alij iudices ecclesiastici, qui de causis mixti fori agnoscũt, licet iudicialiter procedant, & iubeant, vt capiantur laici, non tamen ipsi possunt suas sententias exequi contra ipsos ne per suos ministros illos in ecclesiasticum carcerem conijcere, nisi consuetudine immemoriali tueantur. Dixi possunt exequi quia iurisdictio contra sæculares non est amplianda, sed limitanda ad casus expressos, & sicut iudex delicti cõtractus & rei sitæ nõ exequitur sententiam, in bonis condemnati, qui in alieno territorio est, sed deprecatur iudicẽ illius territorij, Meno.d. cons. 1000.num.77 Sic pariter ecclesiastici requirere debent iudices sæculares, vt sententias contra suos subditos exequantur, nam respectu clerici alterius territorij sunt Ord.lib.2.tit.1.§ 14. explicat Barb.ad l.1.ff.de iud.art.3.n.166.

8 Dixi consuetudine immemoriali, quia in omni seruitute temporali è quorum numero est Imperium, seu iurisdictio, non aliter possessio potest haberi quam sciente, & patiente aduersario, l.pen l.quoties §.vlt ff.de serui iunct. glos ad verbum sciente in l. 2.C.de serui; inde fit quod cum hoc casu principis scientia præsumi nequeat, imò præsumatur ignorasse cum in facto consistat cap.1 ibi, probabiliter de constitut. in 6 necessariò in his omnibus quæ iurisdictionem Principis concernunt, talis præscriptio esse debet, quæ vim habeat constituti, & priuilegij, prout reperitur in immemoriali consuetudine, l.3 §. ductus aquæ ff de aqua quotid. & in specie Ioan Lup in cap per vestras notab.2. §.sed & est pulchra. Decian.lib.4.c.26. nu.15. Sese cap 9 § 2.nu.33. Bobadill. lib 2 c.17. num 167. Sicque satisfit ad tex.in cap. contra idolorum, & cap. attendendum dequibus supra, vt procedant ex ea ratione, quia vltra quod erant crimina mixti fori, capitalia, agebatur insuper ibi de crimine sacrilegij, quod grauissimũ est, & sapit hæresim cap. episcopi 26 quæst. 5. & est capitale vt per doctores in cap. 1. de sortil & in his criminibus ob suspicionem hæresis corporalis permittitur coertio, sicut alias illi qui per annum excõmunicatus est, nec resipiscit tanquã suspectus de hæresi coram ordinario accusari potest, & capi ex cons d. cap 8. ibi, *contra eos ab ordinario seuerè pro qualitate criminis procedatur*, tradit Felin. in rubr. de hæretic. col.1 Arnaldus de hæreti quæst.13 num.7. Rojas in tracta de hæret sing 60. verbo ex cõmunicatus, & facit d. §. prohibemus. In hoc tamen vltimo casu videtur distinguendũ, quod vel de hac in duratione cognoscunt inquisitores, quatenus talis ex induratione præsumitur malè sentire de clauibus, vel cognoscit ordinarius cui fit iniuria, ex permissione d. Concilij, primo casu non dubito quod ipsi capere per suos ministros possint, ex d §. prohibemus, nam ad ipsos de hac re spectat cognitio ex Abbate in cap fin. de pœnis Ripa in c.1. num.77. de iudic. Conradus Brunus lib 1 de hæretic. c 4 Carerius de hæretic. num.21. Nicolaus de hæret. notab. 41. Villadiego in eod tract. quæst. 10 Palaci in cap § 18. nu 27 quando autem ordinarius instituat accusationem, contra talem insordescentem videtur dicendum quod ad capturam debeat implorari auxilium.

9 Vnde illud obiter noto, esse in hoc regno á Principibus concessum Prælatis, quod licet iurisdictionalia contra Regiam Coronam, non præscribantur regulariter tempore immemoriali, ex Ord.lib 2.titul 45 § 10.

Cabed.

Cabed. decis. 9. nu. 8. decis. 41. & decis. 65. 2. part. tamen apud nos Prælati sine titul. aliquo sola immemoriali consuetudine acquirunt ius capiendi laicos vt expresse cauetur Ordin. libr. 2. titul. 9 §. 1. vbi recedit à rigore aliarũ legum, in fauorem iurisdictionis ecclesiasticæ, in quo Regia Ordinat. adhæsit iuri communi quare tempus centum annorum, pro immemoriali habebitur, si de cõtrario initio nõ constat ex eodem Cabed. decis 17. 2. p. & habebit immemorialis vim cõstituti, & specialiter concessi, Valasc. de partitio. cap. 35 num. 10 atque in hunc sensum explicat Valasc. cons. 105. num. 64.

10 Nec tandem obstabit Concil. Trid d. cap 3. dum generaliter disponit Prælatos posse suas sententias in laicos exequi, illosque capere per suos vel alienos ministros, nam Concilium ibi si attente legatur agit de causis ciuilibus quæ ad iudicium ecclesiæ spectant, & in his cum ageret de clericis, & laicis, qui in eo foro conueniebantur, vtrique casui respondens, inquit quod suas sententias exequantur, per suos vel alienos ministros, per suos scilicet in suos clericos, per alienos scilicet in subditos, deprecando, vt eorum mandata exequantur, expendit Azeued. ad d. l. 14. nu. 2. Quod si quis obijciat, quod laici iudices qui de causis inter laicos & clericos cognoscunt, in casibus sibi permissis suas sententias exequntur, in bonis clericorũ, vt habet Ord lib. 2. tit. 7. licet eam impugnet Pallati. in cap. per vestras notab. 2. §. 1. nu. 4. quare & è conuerso pariter clerici debent suas exequi, in bonis laici, vt æqualis sit vtraque iurisdictio. Respondebitur quod in illis casibus iudex sæcularis clericum non destringit, propria authoritate, nec per proprios ministros, argum. auth. sed hodie C. de adulter. Federi. cõs 93. col. pen. Lappus alegat. 41. Ripa lib. 1. responsorum cap. 13. num. 12 doctores in l. à diuo §. sententiam ff. de re iudic. & solum fit exequtio in temporalibus, quæ Regi tempotali subsunt, res autẽ laicorum temporales, non subsunt Imperio ecclesiæ, nisi bonum supernaturale id exposcat, conf. dict. cap. 8. Oldrad. cons. 17. num. 2. Felin in cap. ecclesia numet 8. in fin. Balb. 1. part. 5. part. quæst. 5. Decian. libr. 4. cap. 31. nu. 3. Menoch. d. cons. 1000. nu. 78.

11 Hæc cum ita de iure communi sint attento tamen iure Regio aliter se res habet, secundum quod Prælati in casibus in quibus cognoscunt, possunt laicos per suos proprios ministros capere, in quo duo consideranda sunt tempora nam secundum ius Regium antiquum, quod continebatur in legibus extrauagantibus 2. part titul. 2. l. 8. in §. 6. ibi, dispositum erat quod Prælati per suos proprios ministros nequaquam laicos capere posint, nisi quando docerent se immemoriali possessione suffultos, cum principis sciẽtia, ex quo §. 6. desumpta est Ord. regia lib. 2. titul. 9. § 1. quæ idem disponit, licet in eo aliqua verba deficiant; nam in d. extrauaganti erant illa verba, *mostrando elles a sua Alteza em que casos & delictos &c.* in translatione huius legis hæc verba truncata fuerunt & addito illa, *& mostrando elles em que casos & delictos. &c.* & secundum prioris legis verba requerebatur, vt Prælati coram Rege proponerent causas, hodie autem videtur quod sufeciet vt probentur, coram iudice Regio, vbi magistratuum regnorum tollerantiam sufficere dixit Balb. de præscriptio. 2. part 5. princ. quæst. 4. num 4. Burgos de Paz in l. 1. Taur. nu. 233. Padilla in l transactio C. de transactio pugnat tamen Pallatius in repet § 48. nu. 39. Gutierrez lib. 1. quæst 45 practicar vbi ponit casum inter Regem & Archiepiscopum tolleranum.

12 Verũ hæc lex reuocata extitit

per aliam legem latam à Rege Sebastiano Lusitani Imperij vltimo, qua sancitum fuit vt libere Prælati possent, per suos ministros laicos capere quoties oportuerit, & sibi concessum erat ex decretis sacri Concilij Tridentini, abrrogatis ad id quibuscunq; consuetudinibus priuilegijs, & concordatis, vt plenius in ipsa lege continetur, qua lege nouissima legi extrauaganti à qua hæc Ordin. desumpta fuit, derogatum extitit, agnoscit Valasc. cons. 179 nu. 29.

13 Huius legis Sebastianæ vigore postea cum dubia emergerent, inter Prælatos & Regem quid esset obseruandum in causis visitationum, an laici capi possent à Prælatis concordia innita fuit, secundum dispositionem legis Sebastianæ, & datus est ordo quo laici possent capi ex qua concordia desumpta fuit Ordin. lib. 2 titul. 1, §. 13. vbi capiendi laicos facultas indulgetur lata finali sententia, nec illa lex alium patitur sensum, licet antequã hoc perfecte intelligerem varios ad illas leges intellectus excogitauerim qui omnes literam violant. Vnde fit quod illa Ordin. d. titul. 9. §. 1. hodie non obtinebit nisi in casibus in quibus sacrum Cõcilium potestatem capiendi laicos non indulget, quia in his in quibus ibi conceditur iam illa lex abrogata est á lege Sebastiana.

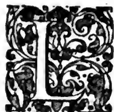
14 Nec obstabit si quis replicet legem Sebastianam non reperiri in hac noua compillatione, & ex exordio Ordinationis cauetur vt leges extra illud corpus nullã faciant fidem, quo dato tanquam legi mortuæ illi standum non est: quia satisfit, quod illa lex Sebastiana licet nõ reperiatur in noua compillatione, tamen reperitur renouata in d. Ordinat lib. 2. titul. 1. §. 13. vbi illud idem constituitur paulò addito. Nec potest dici quod cum Rex Sebastianus semel illud ius cõcesserit ecclesiæ, posit postea adimi alia lege, nam donationes factę in fauorem ecclesiæ fiunt irreuocabiles, & plenum robur accipiunt, explicat Soares aduersus Angliæ errores c. 34. n.

15 Non diffitebor tamen, quod adhuc potest dubitari an d. lex Sebastiana valuerit quia cum de iure cõmuni, vt supra ostendimus sit, ne Prælati laicos capere possint, nisi implorato auxilio, & ita in hoc regno obseruaretur, videtur quod non potuit Princeps solus, illud ius remittere, iurisdictio enim regno cohæret, quia solus ipsius vsum Princeps accipit, ex Abb. in cap. intellecto de iureiur. notab. 1. & 3. Couar. in cap quamuis 2. p. §. 2. num. 4. ex quo fit quod ipse non potuit á se abdicare iurisdictionem temporalem; debuit enim adhiberi consensus populi, vt in simili refert Guilelmus verbo si absque, titulo de fideicomm. substitutione num. 44. vbi ait quod cũ Rex Ludouicus XI. Papæ Pio promisisset se reuocaturum, seu deleturum pragmaticam sanctionem, procurator Regius Ioannes Romanus pro sui muneris obligatione impediuit, ægrè hoc ferente Balluca legato Apostolico, & populo contradicente, Rex promissis non stare coactus fuit, quasi de re aliena iurisdictio enim nõ Regis est sed populi.

Quibus perpensis in supremo Senatu Pallatij in quo tum temporis Præsidis officio fungebatur amplissimus, & omni æuo memorandus Ludouicus Machado de Gouuea vir quidem & iurisprudentissimus, & morũ probitatẽ animique candore conspicuus. Cui ea tempestate erat Comes Rodericus Pirez da Veiga vir eximiæ eruditionis postea merito creatus Episcopus Eluensis: sancitum fuit vt reuocaretur sententia senatus, & approbata fuit captura d. Ludouici da Sylua. Scriba Augustino Rebello.

SVM-

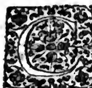
SVMMARIA.

1 Ex Regia locum non habet in exemptis quibus à Summo Pontifice iudex datus est.
Cum legis ratio finalis deficit lex ipsa deficiat necesse est.ibi.
2 Ordinatio lib.2.titul.1. in princip. non vtitur verbis dispositiuis sed conditionalibus.
Interpraetata Ordinat. lib.2.titul.1. in princ.
Exemptis iudex à consilio datus est, & sic cessat Ordinationis ratio.ibi.
3 Lex Regia libr. 2. titul.1. dicit sic concordatum cum tamen huius concordiæ non extet vestigium,
4 Ex clausula Bullæ quod conseruator sit ordinarius non sit præiudicium legi Regiæ.
5 Etiamsi detur defectus in iudice ecclesiastico non patet recursus ad sæcularem.
Solum vacante sede se Reges ingerunt in rebus ecclesiasticis ex authoritate Canonum. ibi.
6 Deficiente iustitia ecclesiastica Princeps sæcularis adiri potest.
7 In hoc regno Reges cognoscunt de causis exemptorum patrimonialibus.
Quod approbatur à Canonibus antiquis.
Prohibitiones iuris noui receptæ non fuerunt.ibi.
S.Pontifex non intendit legare seu infringere Regum consuetudines. ibi.
8 In hoc regno datur concordia in hoc casu.
Sufficeret sola principis assertio. ibi.
Fama concordiæ sufficit iuncta longæua consuetudine.
Scripta in libris publicis plenè probant.ibi.
Hæc consuetudo fore in toto orbe obseruatur.
10 Hæc ordinatio potest defendi in pura ratione consuetudinis.
11 Concordatæ non possunt tolli, ab altero ex contrahentibus.
Iurisdictionem à se irreuocabiliter tollere S. Pontifex non potest. ibi.
12 Quando S. Pontifex componit cũ Rege, & aliquos casus remittit vt de illis sæcularis cognoscat illorum cognitio non ex priuilegio competit sed ex contractu.
Referuntur verba Nicolai Quarti quibus concordia approbatur.ibi.
13 Etiamsi in regno erigeretur tribunal

bunal ad exemptorum causas non cessaret lex Regia.
Causa impulsiua legis licet deficiat lex ipsa non deficit. ibi.
Refertur historia Regis secundi Aragoniæ. ibi.
14 Tempore Regis Henrici Cardinalis, & legati de latere semper lex Regia obseruata fuit.
Legatus de latere est ordinarius modo extraordinario. ibi.
Causæ in iudicio legati non deciduntur sine sportulis. ibi.
15 Iurisdictio conseruatorum semper & omni casu est delegata.
16 Licet in Bullis conseruatorijs amplissimæ clausulæ adsint non mutant naturam iurisdictionis delegatæ.
17 Si S. Pontifex vellet concordias cassare debet audire Reges.
18 Etiamsi legatus de latere adsit non cessauit ratio finalis Ordinationis.
Interpretata verba Ordinationis superior ordinario. ibi.
Licet deficiant aliquo modo verba legis non deficit ipsius mens. ibi.
Contractus non infringitur etiam si ipsius causa cesset. ibi.
Verba Ordinationis debent accipi demonstratiuè.
19 Archiepiscopi extra causas appellationum non sunt superiores suffraganeorum.
20 Prælati huius regni sunt immediati Sedi Apostolicæ quia inuisunt limina Apostolorum.
21 Concordatæ non reuocantur à S. Concilio Trident. licet ipsi sint contrariæ.
22 Placuit senatui vt exempti non obstante bulla conseruatoria responderent in sæculari.
Clausulæ Bullæ conseruatoriæ dũ ordinariam iurisdictionem concedunt debent intelligi super ijsdem violentijs notorijs, vt de illis etiam audiant ordinariè partes non vero de alijs causis.

DECISIO C.XVIII.

An conseruatoribus concessa potestas cognoscendi sicut ordinarijs faciat cessare dispositionem legis Regiæ lib. 2. titul. 1. in princip. ne in sæculari iudicio conueniri possint in casibus ibi expressis.



Vm causa agitaretur contra monachos exemptos á iurisdictione ordinaria, coram Prætore Curiali, exempti exceptionẽ proposuerunt, quod ex concessione Sũmi Pontificis, sibi concessus erat conseruator ad omnes causas illius religionis, etiam tanquam ordinarius iudex, ex quo cessabat legis Regiæ prouisio lib. 2.

libr.2.titul.1.in princip. quia in regno habebant iudicem ordinarium, coram quo possent conueniri, secundũ quod sæpius in Senatu fuisse iudicatum constabat, ex actis appensis.

1 Attento enim iure lex Regia locum habere non potest in exemptis, quibus à Summo Pontifice iudex datus est, cum legis ratio finalis deficiat, l adigere ff. de iure patrona. in §. quamuis. l. quod dictum ff. de pactis cap. erit 4. dist l. cum ratio ff. de bonis damnatorum. l. si verò §. de viro ff. solut. matrimon. l ita ff. administra. tutor. gloss. in l cum tale § falsam ff. de condi. & demonstra notatur in l. 1. Cod. de fideicommiss. vnde correcta legis ratione, & ipsa lex dicitur correcta, gloss. 1. l. filius ff. de donatio. l. in omni ff. optione legat. l. si duas § pen. ff excus. tutor. l. plane ff. de oper. libertorum, Medices in tract. de legib. part. 5. quæst. 9 nu 1.

2 Deinde facit quod Regia Ordinatio, non vtitur verbis dispositiuis, declarans Regem inuictissimum in hoc regno esse iudicem exemptorum, sed tum demum quando ipsi nõ habeant in regno iudicem ordinariũ, quasi extra mentem Principis sit interpratari, quod ipse semper & omni casu exemptorum iudex sit in patrimonialibus, & super contractibus ab ipsis gestis, cum potius verba legis dirigantur in eos qui iudicem non habuerint, sintque conditionaliter accipienda, idest si non habeant ordinarium.

Quæ quidem verba debent accipi restrictiuè ad eos qui non habent iudicem, coram quo valeant pulsari, vt à contrario sensu, reliqui qui iudicem habent maneant omnino exclusi, in hoc enim casu argumentum á contrario efficacius est, cum sit conforme iuri communi, ex l. 1. ff. de officio eius, vbi Cursius Senior à num. 59. Euerardus in topicis loco 4.

Insuper quia in exemptorum causis extat prouisum à Concilio Lateranensi Leonis Decimi, & latius in Concil. Trident. sess. 7. cap. 14. vbi renouato cap. 1. de priuileg in 6. dispo nitur quod exempti in causis mercedum, & miserabilium personarum, respondeant coram iudicibus á Sede Apostolica decretis, quos si non habeant fiant competentes ordinarij locorum, tanquam Sedis Apostolicæ delegati: cum igitur exempti vel ex Concilij prouisione, vel ex Bullæ cõseruatoriæ concessione iudicem habeant in regno nullo modo legi Regiæ locus esse potest.

3 Vltimo quia licet Ordinatio Regia dicat quod in hoc casu ita concordatum extitit, inter vtrumque statum ecclesiasticum & sæcularem, ex quo videatur sufficere, quod tempore habili lex condita fuerit, præcedente d. cõcordia, ne videatur modo S. Pontifex illam reuocare, ex d. Bulla conseruatoria vt infra dicam, tamen verius videtur nullam concordiam vnquam præcessisse, cum imò constet, tempore Regis Alphonsi Quinti anno 1456. exemptos conquæstos fuisse, quod Reges de exemptorum causis cognoscebant, quorum quærimoniæ Rex respondit, quod d. lex seruetur, ex eo quod sic prædecessores eius obseruarunt, vt sua regna gubernare possent, & vt omnibus æqualis iustitia exhiberetur: vnde si aliquod concordiæ vestigium eo tempore extaret, illius fieret mentio: maxime quia talis concordia non reperitur inter concordiæ articulos, habitos cum Regibus huius Regni qui seruantur, in Archiuio publico, vulgo *Torre do Tombo*, quorum meminimus in nostro tractatu de manu Regia in quibus late agitur de pluribus casibus in quibus clerici in sæculari iudicio respondere tenentur, nec insuper huius concordiæ sit mentio in articulis quin-

quinquaginta cum Rege Alphonso Quinto concordatis, in quibus in 30. & 34. & in 9. ex 11. Romæ oblatis, Rex ipse promittit se seruaturum, & defensurum ecclesiæ libertatem. Vnde liquet nullam concordiam extare, & Ordinatio Regia solum sustineri potest in purá ratione consuetudinis, & vsus, ad illumque referri debent verba Ordinationis, relata in ipsa lege, dum de concordijs, & consuetudine fit mentio, vt reliqua capitula ex concordia processerint hoc vero tantum ex consuetudine, cum de eo nulla concordia seu contractus extet, quæ quidem consuetudo etiamsi immemorialis sit, nocere non potest ecclesiæ libertati, ex rég. cap. clerici de iudic cap. qualiter eod titul. Rotta 14. de consuetud. aliâs 840. in antiquis, Aufrer. de potestat. sæcul. regul. 1. in princip Couar. practic. cap. 31. num. 23. Nec debet obseruari quando valere posset nisi quousque detur copia iudicis ecclesiastici.

Quibus omnibus perpensis placuit Senatui quod lex Regia debebat obseruari, in illa causa non obstante breui, in quo per clausulas exuberantes, constituebatur conseruator, qui ad imaginem iudicis ordinarij cognosceret, quod quidem dubium cum Collegis sapientissimis in duos articulos diuidebam.

4 Primum, quod ex tali clausula nec alia qualibet ampliori fit præiudicium legi Regiæ quominus exemptus respondeat in sæculari.

Secundum, quod conseruator ex illa clausula vt cognoscat tanquam ordinarius non recipiat iurisdictionem ordinariam.

5 Et sequendo vtrumque membrum est notandum quod attento iure communi est valde controuersum, an ex eo solum quod in regno non assistat iudex ordinarius qui de causis, & excessibus exemptorum cognoscat, in ciuilibus, posset Princeps sæcularis illarum cognitionem assumere, negatiuam tenuerunt plures, eo fundamento quod etiam quando iustitia ecclesiastica deficit, non potest haberi recursus ad Principem sæcularem, sed ad Pontificem, etiam si longe absit, omnis enim terræ ambitus est ipsius Diocæsis limitesque Imperij ecclesiastici constituit, cap. cuncta per mundum 9. q. 3. Anton. & Panor. in cap. fin de iudic. Felin. in cap. non nulli, vers. vltimo dubitatur de rescript. quod probat cap. 1. de suppled negglig. libr 6 conditum ab Innoc. 4. viro quidem doctissimo quem vocant patrem veritatis, idem probat tex. in cap imprimis 2. quæst. 1. vbi Ancharr. Domi. & Præpos. & colligitur ex cap. pastoralis §. præterea de offic. ordin. Solum enim vacante sede se reges ingerunt, in rebus ecclesiasticis ex authoritate Canonum, vt in cap. si duo 79. distinct. cap. vbi periculum. §. præterea de election. libr. 6. & gloss. in cap. Principes 23. quæst 5. quæ exprimit casus in quibus illud conceditur Regibus, vt tanquam executores mandatorum ecclesiæ cognoscant, eorum brachio implorato, vt in d. cap. Principes, cap administratores, ead. quæstione cap. non licuit 17. distinct. cap. petimus 11. quæst. 1. cap. de liguribus 23 quæst. 5. gloss. in cap. vt famæ, verbo demandato de sent. excommun. gloss. in cap. cum nō ab homine de iud. verbo post modum, vbi explicat Principem sæcularem solum cognoscere posse de incorrigibilibus, cap. clericus 3 quæst. 4. cap. si quis sacerdotum, & d. cap. petimus 11. quæst. 1.

6 Verum contrariam sequuntur grauissimi Doctores quod pro defectu iudicis ecclesiastici, potest haberi recursus ad Principem sæcularem, cuius opinionis fuit gloss. in d. cap Principes similis gloss. in d. cap. nec licuit 17. dist.

17.distinct. gloss. in cap. quoniam de officio ordin. quem recursum probauit Hostiens. de comp. iudic. add. §.1. vers. inquirendum, Marian. in cap.1. de foro compet. Aufrer. reg. 1. fal.3. Cardin. in Clement.1.de offici ordin. quæst.3.quia cum difficultas versetur in recursu ad Papam, resque non patitur moram, perinde habetur acsi nullus esset superior, ex Felin. in cap. significasti de foro compet. numer.4. vers.secundus casus,Bart.in tractat de repræsal. 2.quæst.1. q prin. Syculus in cap. qualiter de iudic. num. 12. idem Cardin.in Clemen.1. de sequæst poss. vers.si quis.1.opposit. Bald. in l.si qua per calumniam, vers. sed quæro Cod. de episcop & cleric. Ex defectu namque iustitiæ remittuntur omnes solemnitates iuris positiui, ex Alexan. in additione ad Bart. in l. ait prætor §.si debitorem ff. quæ in fraud.creditor.vers.respondeo, Paulus cons. 399. vol. 1.

7 Quam opinionem veluti magis bono communi conformem Principes huius regni delegerunt, á primordijs sui Imperij cognoscentes de causis ciuilibus exemptorum, quæ respiciunt eorum pasrimonialia,contractus, & violentias, in regno commissas, quæ quidem consuetudo Canonicum habuit initium, iuxta Canonum antiquorum decreta: & quãquam postea per nouiora iura vt in cap.2 de foro compet.cap.qualiter, & cap.clerici de iudic. abrrogatus reperiatur recursus ad Principes, etiam prætextu cuiuscunque consuetudinis, hæc noua prohibitio non reperitur recepta,circa consuetudines Regum,& Principum, vt vltra Nauarr. in cap. cum contingat remed. 1. per tot.declarat Martinus 2. in breui relato à Guidone in sua 1.decis. ad instantiam Caroli Regis Franciæ, vbi late explicat se non intendere ligare nec infringere regnorum, & regum inueteratas consuetudines.

8 Et in hoc Regno hoc ius cognoscendi de exemptorum causis vlterius processit deuenit enim ad concordiam inter Reges & Clerum, & quamuis ad probationem illius, sufficeret sola Principis assertio, prout in principio huius ordinationis asserit fuisse concordatum, quia de iure est vt Principi credatur ex tex. in Clem. 1.de probatio. Paulus cons. 339. vol 1. Bertrand cons.109.volum 3. Mascard: conclus.139 numer 10. Adhuc reperitur huius concordiæ vestigium inter capitula cum Rege Alphonso concordata, vbi reperitur in margine scriptum (concordatum cum Prælatis & Clero in libro Regiminis) & quamuis huius libri regiminis nullã sufficiens habeatur notitia sufficit fama concordiæ iuncta longæua consuetudine,ex.Ripa in cap.2. de iudic. à numer.169. & in libris publicis Archiuij posita in margine plene probant,vt in facto se obtinuisse testatur Valasc.de iur.emphyt.quæst.9 nu.26. Cuius quidem vsus authoritas comprobatur ex cap. 8. concordatorum cum Rege Ioanne Primo vbi agens de votis D. Iacobi Rex ipse cognouit, de damnis & violentijs ab Archiepiscopo Bracharensi incussis,metu censurarum, ex eo quod ipse in regno legitimum non habebat superiorem, eamque solum reddit rationem, vt reperitur eod. libr.1. senatus fol.71. Quod si adhuc oporteret hanc Ordinationem ex sola consuetudine, & vsu longæuo sustinere, non infœliciter dici potest,hanc consuetudinem fuisse à Summo Pontifice confirmatam, quia constat post longos litium anfractus, Prælatos cum Rege Dionisio Romanum Pontificem adijsse, coram quo 40 articulos proposuerũt. quorum vltimus habet quod Reges huius regni, vti possint, & valeant omni consuetudine Canonica, ad illa

vsque tempora obseruata, illis pactionibus nouum robur additum fuit, speciali confirmatione per Bullam Nicolai IIII. anno 1288. & alia noua confirmatione anno sequenti vt continetur in publico Archiuio libr. 1. fol. 21 & 22. quod autem hæc consuetudo sit Canonica satis supra ostensum est.

9 Atque ex eo talis consuetudo in omni orbe fere obseruatur vt in Catellonia Principes cognoscere de prædictis exemptorum causis, testatur Cened. in Collectan. ad decretum c. 37. fol. 53 num. 3. in Aragonia Belluga in specul princip. §. videndum rubr. 11. Mieres in constitut. Catalon. coll 2. cap. 11 Molino verbo iustitia de Aragon. fol. 204. in Hispania Bobadilla lib. 2. cap 18. numer. 127. in Lusitania Nauarr. in cap. cum contingat 1. remed. vers. vndecimo.

10 Quibus sic perpensis quæ ad perfectam materiam cognitionē conducunt, duo inferuntur resolutiones. Prima quod hæc Ordinatio potest sustineri in pura ratione consuetudinis, non obstante noua Canonum prohibitione, qua stante etiam hodie potest consuetudine de nouo introduci, vt clerici huius regni vel alterius in aliquo casu vel in certis casibus possint in foro sæculari conueniri: dummodo non sit consuetudo generalis, ad omnes casus, quia contra libertatem ecclesiæ non dicitur esse, illud quod in aliquo casu particulari, introductū est, dummodo non sit in communi Glos recepta in cap præter §. verum verbo ducibus 32 distin. deinde quia verba canonum nouiorum, ne clerici trahantur ad forum secularem intelliguntur ex omni casu, quæ prohibitio non ita versatur in quolibet particulari casu, maximè quādo talis sit, vt ille casus reducatur ad ius antiquum, ex consuetudine laicorum, & clericorum mixta, in qua datur vero similis scientia Pontificis, quia in his potest obseruari consuetudo ex Ripa in cap. 2. num. 73. de iudic. Belluga §. videndum rubr. 11. num. 16.

11 Secunda resolutio est quod apud nos quæstio est sine dubio cum constet de concordia innita inter Prælatos & Reges Sūmo Pontifice confirmata, ex quo fit quod dubitari poterit an à S. Pontifice hodie reuocari possit prædicta concordia à se confirmata concedendo, scilicet exemptis iudicē ordinarium, vt hac via cessare faciat legis Regiæ dispositionem, ratio dubitandi est, quia cum illa concordia sit contractus inter duos principes celebratus, inter eos efficax, & indissolubile vinculum constituit, nisi quando vtriusque consensus in distrahendo accedat prout in contrahendo intercessit, arg l. sicut C. de actio & oblig. In concordatis Franciæ obseruat Rebuff. in concord. titul. de approbat cōuent. verbo priuilegijs Mohedan. decis. 233. Gonçales gloss. 25. num. 8. 9. & seqq. idem Rebuff. titul. de firmitate, & irreuocabilitate concord. versic. secundo.

Et quamuis Soares aduersus Angliæ errores lib. 4. cap. 34. num. 24. in eam inclinet sententiam quod concordatæ sunt priuilegia, & tolli possunt à S. Pontifice, valide, etiam sine causa, quia intercedit in illis non tanquam contrahens, sed tanquam superior, authoritatem prestans, seu authoritatiuè in materia iurisdictionis, quam ipse à se abdicare irreuocabiliter non potest ex author Felin. in cap. nouit de iud. num. 8. limit. 1.

12 Tamen huius opinio conuellitur quia nec congruit concordatis Regum qui in temporalibus superiorem non habent præter Deum nisi in ordine ad spiritualia, & dū contrahunt cum Sūmo Pontifice cōtrahunt velut duo Principes supremi, quorum quilibet se asserit competentem, ad illas causas, super quarum cognitione contenditur,

tenditur, & facta transactione, casibusque examinatis, an ad forum ecclesiæ pertinere debeant, vel ad sæcularem, vltimo componunt inter se, quod hi casus determinati cum temporali potestate remaneant, hi vero transeant ad prælatos, super quo fit transactio, & compositio, quæ à S. Pontifice confirmatur, hoc casu nemo dicet quod Princeps sæcularis habet cognitionem ex priuilegio, & concessione Apostolica, cum potius dicendum sit, illam cognitionem ideo à Pontifice remissam, quia ad Principem & eius potestatem polliticam attenta canonũ antiquorũ concessione pertinebat, non obstante noua prohibitione vel reseruatione iuris noui, ad idque alludunt verba Bullæ Nicolai IIII. dum à se abdicat, & à successoribus omnem potestatem reuocandi dictam cõcordiam, ibi, *Nos & successores nostros prædictos quos omnes, & singulos ad hoc specialiter obligamus dictam compositionem, & prædicta omnia at singula vrout ad nos & successores ipsos pertinet plenariè impleturos, & perpetuo inuiolabiliter seruaturos nobis præsentes patentes literas &c.* 23. Martij anno 1289.

13 Quæ resolutio confirmatur rationibus sequentibus quod etiamsi hodie Summus Pontifex in hoc Regno iudicem constitueret ordinarium, ad exemptorum causas erecto tribunali perpetuo, nec etiam eo casu fieret prȩiudicium legi Regiæ, quominus in sæculari cognosci posset de exemptorũ causis in casibus in lege Regia expressis: cuius rei est ratio, quia cum regni immemorialis consuetudo legisque Regiæ dispositio, ea impulsiua causa moueretur, quia exempti iudicem nõ habebant, in Regno ordinarium, & ex defectu iustitiæ, quamuis hæc causa impulsiua, postea defecisset, quia in regno adest iudex, ordinarius, ad cãusas exemptorum, iam lex Regia deffícere non potuit, nec illi derogatum censeri debet, cum principium & initium habeat habile, quod solum attendi debet non vero ea quæ postea accidunt, ex doctrina Anchar. in cap. cum sit de foro comp num. 3. prout in specie accidit Regi Ioanni II. Aragoniæ, qui cum similem huic nostræ haberet legem, misit S. Pontifex quẽdam Cardinalem episcopum Valentinum, vt exemptorum foret ordinarius, vt legum Aragoniæ forus cessaret, ac conquiesceret, & refert Belluga in speculo princ. rubr. 11. num. 12. Regem ad se vocato Cardinali Bullam dillacerasse, quia lex Aragoniæ non cessabat ex tali concessione, prout in puncto iuris defendit Sese de inhibitio cap. 8. §. 3. num. 136.

15 Quod quidem si in illo regno ita obseruandum est, à fortiori in hoc, in quo non sola consuetudine vsuque longæuo innitimur, sed speciali concordia, Pontificiumque confirmatione, quod adeo est verum quod cum tempore Regis Henrici Cardinalis, & legati de latere, dubitaretur, an lex Regia esset obseruanda, cum ipse tanquã legatus de latere esset. ordinariorum ordinarius, & exemptorum, qui repræsentabat Põtificem c. 2. de offic. legat. in 6. cap. 1. de verbor. signi eod. c. si Abbatẽ 36. de electione, eod. Glos. vlt. recepta ex Abbate num. 8. in cap. 1. de offici. legat. Tamen obtinuit legem Regiam fore obseruandam, quia legatus de latere non est ille ordinarius, de quo lex Regia sentit quæ solum ad Episcopos & Archiepiscopos dirigitur, qui á iure habent iurisdictionem ordinariam in sua Diocæsi, non verò ad legatos de latere, qui fictione legis ordinarij fiunt, & accidentaliter, vt dicit Imol in c. cũ contingat de rescrip. gloss. communiter recepta in Clem. 2. verbo nolumus de offic. ord. vbi Cardin. Anchar. Cosmas in pragma. de collatio. §. item voluit 1. tom. verbo forma. Cassador. decis. 3. de rescript. Nauar. in d. c. cum cõtingat n. 6. in fin.

batio, ex qua sola ratione, consuetudinem antiquam tolli non posse sensit Monach in c.2.n.5. de præbend. in 6. & casu quo summo Præsuli iustũ videretur, transactionem & concordiam cassare, deberet Regem ad illũ statum restituere, in quo erat tempore dictæ concordiæ (nisi aliud bonũ cõmũne animarum exigerêt) arg. l. si diuersa C. de transactio. Cumque in his omnibus actionibus expediendis, maximæ considerari possint difficultates, & Reip. pacisque communis perturbatio, ideo pié existimandũ est Summum Pontificem, nunquam intendisse concordias tollere, nec cum præiudicio Regum iudices constituere.

18 Nec obstabunt fundamenta in principio adducta, & ad primũ quod cessante ratione finali, lex ipsa cessat, respondetur ex Belluga d §. videndum rubr.11.num.12 & Sese d cap.8.§.3.nu. 136. quod in his casibus non cessat ratio finalis, sed impulsiua, quod si adhuc velim fateri causam fuisse finalem adhuc dico quod ratio finalis ea fuit, quia in regno non aderat iudex ordinarius, ad causas exemptorum, quæ ratio finalis non cessat, quando adest iudex ad causas ciuiles exemptorum, in eorũ fauorem quando agât, quia ratio finalis legis est, vt detur iudex tam ad causas quam ad personas exemptorum, coram quo pro excessibus, & damno dato pulsari possint, illud enim important illa verba legis Regia superior ordinario, quæ ita diriguntur ad causas, quam ad personam exempti, vnde cum conseruator solum res, & iniurias illatas defendat, nec datus sit contra exemptos, & eorum personas, quæ suis subsunt prælatis maioribus, & Sedi Apostolicæ, nunquam cessant verba legis Regiæ, dato iudice qui non est superior ordinarius licet dici possit iudex ordinarius ad exemptorum causas. Vnde etiam quando diceremus, quod deficiebant verba legis aliquo modo, tamen non deficit mens ipsius legis, quæ ea fuit vt non solum iudex adesset in regno, sed talis iudex qui esset ordinarius naturalis cũ propria Diocæsi, & superior personarum, quod quidem sine dubio procedit respectu huius Ordinationis, quæ transiuit in contractum, cum sit de iure, quod contractus non infringitur quamuis illius ratio, & causa post ipsum cesset, vt eleganter probat Innocent. in cap. quia plerique de immunit. ecclesiar. libr. 6. ibi, *licet eueniat casus vbi cessat causa iusta nihilominus constitutio est seruanda*, prosequitur Thomas 12.q.100. articul.9.& 10.& 22 quæst.122. artic 1. & 147. articul. 3. & est receptum ex Nauarr. in appolog de redditib. q.1. moni 73.numer.2. Couar. in reg possessor part.3.§.2. sufficit enim vt contractum suum produxerit effectum consumatum, vt perpetua stabilitate fulgeat, quamuis prima causa contrahendi hodie deficiat, l fin ff. vnde liber Tiraquell. cessante caus. 12. limit. quod idem in præscriptione seu vsu longæuo Surdus decis.236.num 18. & insimili eleganter Gutierr. pract. libr. 3. q.13.nu.87.

19 Ad secundum satisfit quod verba legis debent accipi demonstratiue, quasi supponat omnes regni Prælatos esse exemptos, non vero conditionaliter, vt late dixi in tract. de manu Regia vbi videri potest, vnde non potest ex hac ordinatione desumi argumentum à contrario quod validum existat, quia vere & realiter Episcopi extra causas appellationis non sunt subiecti Archiepiscopis, nec illi possunt se intromittere in cognitione causarum suffraga-

suffra-

suffraganeorũ seclusa appellatione nullus enim reperitur in iure canonico tex. qui ita disponat, nisi quod cognoscat in synodo cũ reliquis Prælatis, vt resoluit Hostiens. Ioan And. & alij in cap. magnæ de voto, Felin. in cap. pastoralis in fine de officio ordin. & quãuis posit dici, quod communis opinio doctorum est, in contrarium, quod Achriepiscopus est ordinarius suorũ suffraganeorum, vt per doct. in cap. 1. de foro comp. ad quod adducitur cap. si clericus 11. quæst. 1. iuncto cap. venerabilibus §. 2. de sentent. ex commun. lib 6. ex sententia Panor. in c. pastoralis de offic. ord. & in cap. nullus de iure patr. quem sequitur Syluester verbo Archiepiscopus Armilla eodem verbo expresse Ioan. And. in cap. 1. de offic. legat.

20 Respondetur quod hæc communis cum careret fundamento, & iure cui inniteretur, recepta non fuit, in hoc regno, imò contraria quia magis iuri conformis, quia cum Prælati huius regni sint Pontifici immediati, quia obligati inuisere limina apostolorum vt in c. ego n. de iur. iur. non decebat vt subessent Archiepiscopis, Regesque non tenentur sequi opiniones magis communes, cum illis sufficiat alteram eligere, quæ licet minus communis, tamen eius obseruantia magis bono communi expedit, atque ex his fundamentis & alijs consuetudo introducta fuit, & postea concordia roborata.

21 Ad tertium satisfit quod concordiæ & contractus non reuocantur à S. Concilio nec censentur reuocati, nisi de illis fiat expressa mentio etiã quando ijdem Concilio reperiantur contrarij, explicat Soares de legib. lib. 8. c. 18. n. 17. quod maxime obtinet in contractibus & consuetudinibus Regnorum, vt explicat Martinus in d. Breui relato à Guid. decis. 1. Vnde nõ oportet in hoc regno vt recurramus ad breue quoddam, concessum Regi Sebastiano quo illi concessum est, vt posset vti regni consuetudinibus, vsque ad beneplacitum Sedis Apostolicæ cum illud idẽ de iuris rigore liceat absque noua concessione.

22 Ex quibus omnibus censuimus sententijs in contrarium latis nõ standum fore, iussimusq; vt exẽpti nõ obstantibus clausulis bullæ conseruatoriæ respondeant coram Præside curiali in casibus à lege Regia expressis, quia ex quibuscunque clausulis conseruatorum iurisdictio non immutatur, quia illa verba concessionis debẽt intelligi vt ipsi etiamsi conseruatores sint, quibus de iure nõ competit ordinaria cognitio, sed sola incumbit defẽsio, per summariam informationem, vt censuris & pænis cohibeant inuasores, rerum exemptorum, tamen hodie, ex d. clausula, vt tanquam ordinarij cognoscant, illis censeatur potestas concessa cognoscendi ordinaria, seruato iuris ordine, & partibus auditis, super illis violentijs & oppressionibus in quibus de iure solum per censuras se intromittere poterant, ita vt non solum facti cognitio cõmissa censeatur, sed & iuris decisio, vt partes ordinarie audiant & causas super violentijs tantum notorijs decidant, hoc tamen non tendit vt deficiat lex Regia, nec illum sensum patitur, cum contra vtriusque Principis sæcularis & ecclesiastici mentem elicitus videatur.

SVM-

S V M M A R I A.

1 PRæstatio quæ domino soluitur dicitur pensio.
Aliquando Canō dicitur de iure Pontificio. ib.
2 Emphyteuta non soluens per triennium iure suo cadit.
Triennium debet esse continuum. ibi.
3 Fallit si in toto triennio vnico-stantum fructus recepit.
Ponderatur Pauli responsum. ibi.
Si terra duplicatos fructus producit triennium abreuiari non potest. ibi.
4 In emphyteusi ecclesiæ per bienniū incurritur caducitas.
Celeri satisfactione purgatur. ibi.
In feudo ob non solutā pensionem non incurritur commissum, ibi.
Repugnat Innocentij doctrina. ibi.
Quod tamen intellige in fæudo vere & proprio. ibi.
Limitatur etiam in contractu censuali. ibi.
Limitatur si pactum contrarium appositum sit. ibi.
Deinde si emphytenta non possidet. ibi.
Deinde si detur ignorātia ex partē non soluentis. ibi.
Fallit deinde in emphyteusi Principis. ibi.
Deinde quando pensio sub alternatiua debetur. ibi.
5 Emphyteuta non soluens perdit omne ius quod habet in re emphyteutica.
Quod procedit in emphyteusi priuata, & ecclesiæ. ibi.
Colonus repetit melioramenta. ibi.
6 Quod intelligi debet quādo emphyteusis concessa est pro parua pensione.
Quid dicendum quando emphyteuta emit à colono melioramenta, & postea cadit in commissum. ibi.
Casus mixtus quando potest separari vterque simplex censetur. ibi.
7 Pæna caducitatis non incurritur ipso iure.
Caducitatem alius non obijcit nisi dominus. ibi.
Actio commissi est actio ex lege, & sic personalis. ibi.
8 Explicatur Ord. lib. 4. tit. 39. ibi, por esso mesmo feito.
Non data declaratione ad hæredes non transit pæna. ibi.

Actio

Actio qua tendit ad vindictam non est transitoria ad hæredes. ibi.

Fallit si dominus ignorauit vel non potuit declarare morte præuentus ibi.

9 *Explicatur tex. in l. si ego ff. de iur. dot.*

Baldus communiter reprobatur quatenus hæredi permittit declarationem. ibi.

10 *Explicatur d. l. si ego.*

Quod procedit in hærede qui est dominus post mortem defuncti. ibi.

11 *Vendita re emphyteutica sine domino incurritur caducitas ipso iure.*

In alienatione & non solutione datur diuersa ratio.

In caducitate incursa ob alienationẽ durat eadem causa tempore hæredis. ibi.

12 *Dominus quando censeatur remisisse felloniam.*

Si tacuit an censeatur remissa. ibi.

Dominus dissimulans videtur esse in dolo. ibi.

13 *Explicatur cap. si vassali si vasal. feud. priue.*

Nulla lege cauetur vt dominus in vita agat. ibi.

Commissum pœnam inducit ipso iure, & omnia transfert præter possessionem. ibi.

14 *In puncto iuris videtur hæc opinio suaderi.*

Si dominus tacuit si emphyteuta agat contra eum vt rem tradat non obstante suo silentio opponit de commisso. ibi.

Non interest an sit emphyteusis noua vel antiqua. ibi.

15 *Fructus interim perceptos antequam dominus declaret facit emphyteuta suos.*

Emphyteuta similis est vsufructuario. ibi.

16 *Prælatus opponit caducitatem quam eius prædecessor non opposuit.*

17 *Emphyteutæ sæculari triennium præscribitur.*

Ratio huius rei est quia cũ certus terminus assignatur, eo lapso non admittitur moræ purgatio. ibi.

Conditio debet præcisè obseruari. ibi.

18 *Quod si emphyteuta offerat antequam dominus voluntatem suam declaret?*

Lex Regia discedit à iure communi. ibi.

19 *Emphyteuta priuatus moram purgare non potest & quare.*

20 *Etiam de iure Canonico vbi est statuta dies cessat moræ purgatio.*

Moræ purgatio ecclesiastico emphyteutæ conceditur quia citius pœnam incurrit. ibi.

21 *Confunditur Baldi sentẽtia quod si est apposita dies certa admittitur moræ purgatio,*

Interpretata l. Lucius ff. de actio empti. ibi.

22 *Differẽtia est in eo inter cõtractus bonæ fidei & stricti iuris.*

Ampliа-

DECISIO C.XIX.

An emphyteuta non soluens cadat in commissum, & quo tempore, & an faciat fructus suos, & quomodo moram purget, ad Ordin. lib.4. titul.39.



Osſidebat N. emphyteusim ad tres generationes cuiusdam ecclesiæ, cessaueratque eius prędecessor, & ipsa Rea à pensionis solutione per plures annos sæpeque interpellata soluere distulit quousq; ecclesia actionē mouit, & petijt, sibi emphyteusim adiudicari cum omnibus meliorationibus in ea factis. Rea plures excusationes excogitans se defendebat quousque sententia condemnatoria contra eam lata fuit delata causa ad Senatum de pluribus dubitabatur.

Primum, quo tēpore emphyteuta incidat in commissum non soluens pensionem, & an noceat culpa defuncti.

Secundum, an amittat melioramenta, & an fructus faciat suos.

Tertium, an liceat moram purgare, & vsque ad quod tempus.

1 Et circa primum notabamus præstationem annuam quam domino directo emphyteuta soluit dici pensionem in l. 2. Cod. de iure emphyt. ibi, *pensionem præstiterit*, *de iure autem canonico appellari canonem*, vt in cap. potuit de locato, ibi, *à solutione canonis per biennium*, & in cap. propter eod.titulo.ibi, *vel canonem non soluisset*, Auth.qui rem C.de sacrosanct. eccles. quod quidem ad ecclesiam personasq; priuatas restringi debet, ex his quæ Raimundus Senilis in l.eum qui ff.de

 verbor.

verbor.signi.n.1. vbi docet quod illud quod Reip. vel fisco præstatur, modo vectigal, modo tributum, quandoque annonam, quandoque publicam functionem,& censum appellari, ex gloss. in verbo pendatur, in l.1. §.1.ff de publican.

2 Vnde non est dubium emphyteutam cessantē à solutione pensionis per triennium, ab emphyteusi cadere si illa est sæcularis, per biennium si ecclesiastica Ord lib.4 tit.39. desumpta ex l.2.C.de iur.emphy.ibi, *sed per totum triennium nec pecunias soluerit, nec apochas tributorum reddiderit, volenti licere ei, eum á prædijs emphyteuticarijs expellere*, Ias ibi notab 4 n.4. Canonistæ in cap. potuit de locato, Doctor. in auth. qui rem C de sacrosf.ecclesijs, Clarus lib 4. sent.§.emphyteusis q.8. Ruynus lib 1. conf.117.nu.13. Caccialup.lib.de feud. cogni titul de differentijs inter fæud. & emphyteus.n.9.vol.9.tract. fol mihi 178 Coppus de fructibus c 8.n.2.vol. 12.fol.272. Valas.de iure emphy q.21 á princ. Cabed.1 p.decis.154.n.6. Barbos. in l si mora nu 80.ff solut.matrim. D. Caldas Pereira de extinctione c.4. & c 9.n.14 & quæstionum forensium lib. 1.q.11.n.4. quod tempus debet esse cōtinuum Socin.cōs.118. lib.4.n.6. Alex. l.diuortio § ob donationes num. 10 ff. sol.matrimon.

3 Quod primo explicatur ne procedat quando in toto triennio vnicos tantum fructus emphyteuta recipit quia tunc nouennium spectatur post Bald Ias in l.2.post n.4.de iur.emphy. quod dictū tribuit Alex. in l.diuortio § ob donationes ff solut matrim. Ias in illo tex.§ quod in anno notab.3. & in auth qui rem nu.11. vbi Decius nu.10. vers.nono, Hypol.singul 409. Cornel. de pauper. q 8.speciali 9.n.8. Cotta in memorabil verb emphyteuta, Conan. lib 7.commentarior. c 12 post princ. Roland lib 1.conf.87. nu 29. pro qua opinione induci potest Pauli respon- sum in l.si sic 7.ff.quēadmodū seruit. amittan ibi, *si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato cōstituto tempore amittitur*, notat Menes. in l.fin.C. de serui.& aqua n.2 Conan.lib.4 cap. 12.col.pen.facit d l.diuortio § 1. Mantica de tacitis lib.22.tit.27.n.36. Cald. Pereira d.q 11 n 17. quāuis é conuerso si terra duplicatos fructus ferat trienniū abreuiari non potest, tradit Gambarus lib.6.de officio deleg n.68. quia vt pæna vitetur benignior sumitur interpretatio, Alex.in d.l.diuortio n.10.

4 Secūdo limitatur in emphyteuta ecclesiæ qui licet per biennium non soluens priuetur d.c.potuit, tamen celeri satisfactione morā purgat arbitrio boni viri ex gloss. vers. celeri quā sequuntur Abbas ibi & alij per tex.in l. si ita quis. §.si ea cauit. ff. de verbor. oblig idem Abb conf 77.vol.2. Deci. in d auth qui rem n 6. Tertio limitatur in fæudo ex Specula.tit de locato, §.nunc aliqua. Dominicus in cap.ad Apostolicæ de re iudic.lib.6.§.sed licet in fine Alex.cōs 9.lib.3.col.2.vbi dicit magis cōmunem idē Alex cōs.5 lib.2. Deci.conf.138.& cōs.160 col.2 & in d. auth.qui rem n.7. Curtius in tractat. feudor.4 p nu.78. Martin. Laudens.in c.1.qui fæud. dar. poss. licet repugnet Innoc.in d.cap ad Apostolicæ, vbi Papa priuauit Regno Seciliæ Federicū quia cessauit in solutione per nouennium, quem sequitur Bal adducto tex. in cap 1 § sed nec alia. quæ fuit prima caus benefi.amittēd. sed à cōmuni recedendū non est in fæudo vero & proprio in quo personæ seruitiū desideratur secus si annuus census debeatur quia tunc accedit ad naturam emphyteusis, vt dicit Bald. in l. liberti ff.de oper.liber & in titul.de pace constantiæ, verbo libellare. & sic vtraque opinio componi potest ex Decio in dict. auth.qui rem num.7. ad fin. Quarto limitatur in contractu censuali, vt per gloss.in cap.constitutus vers.ratam de

de religios.

religiosf. domib. & Abb. ibi quia in censu non fit directi dominij reseruatio, Imola in d. cap. potuit num. 47. Craueta conf. 112. n. 8. lib. 1. Syluan. cōs. 57. n. 1 decis Rota 344. Simonet decis. 4. Bursatus cons. 26. n. 14. vol. 1. Quinto si pactum apponatur quod non priuetur etiam si non soluat, gloss. in l 2. verbo repellere C de iur. emphy. quod etiam ad emphyteutam ecclesiæ extendit Bart. in l. fundi C de fund. patri. lib. 11. Paulus cons. 137. quod idē operabitur consuetudo ex Abb. cons. 72. vol. 1. Ioann de Anania cons. 84. vers. postremo, vel etiam statutū l. de quibus ff. de legib. Curtius de feud. 2. p. q. 3. n 3. & 4 Felin. in cap. cum causa de re iudic vers obstaret. Sexto si emphyteuta nō habuit possessionem, ex Bal. in l. si solemnibus C. de rei vind. Abb, cons. 67. lib 2. Paulus cons 215. Angel. cons. 311. dubio 5. Paris. cons. 108. n 42. vol. 1. Socin Iunior. conf. 70. n. 10. lib. 1. Clarus §. emphyteusis q. 8. Septimo si detur ignorantia quod sit res emphyteutica, Clarus vbi supra q. 8. Decius cons. 58. idem cons. 138. in fin. Cagn. in l qui in alterius ff. de regul. iur. n. 2. Pinel. in Auth. nisi col. fin. Gama doctissimus q. 292. Socin. Iun. cōs. 70. n. 4. lib. 1 quod sæpe accidere potest in hærede qui ignorabit qualitatē rei, Afflict. q. 255. n. 5. Aymon. cons 112. n. 10. Bal. in cap. 1. § si vassalus in fin. in tit. si de feud fuer. controuer. inter domi. & agn. Deci cons. 328. n. 6. & cons. 160. n 5. Cephalus lib. 1. cons. 9. n. 30. Gama q. 91. n. 1. Octauo limita in emphyteuta principis quia is non cadit in cōmissum, per tex. in l fundi Cod. de fund. patrim. libr. 11. ita Igneus in l. 1. § cum omnes nu. 25. & 201. ff. ad Senatuscons. Syllan. licet Acurs ibi illum tex aliter interpraetetur ex gloss. vlt. ibi atque etiam Bartol. & Lucas de pœna, & Ioā. de Platea qui intelligunt quando expresse actum est, ne res ob eiusmodi cessationem cōmitteretur, Tiraq. de nobilit. c. 37. n. 60. Vltimo quādo pensio sub alternatiua deberetur hoc vel illud quia antequā dominus declaret non cōmittetur, vt per Bald cons. 324. vol 2. & quod ipse tradit in l. in vendentis vers tertio quæro, vbi cōcludit venditionem nullam esse si quis emat, pro eo quem nominabit infra certum tēpus, & non declarauerit quia deficit conditio, sequitur Fabian. de emptio. q. 3. n. 19. facit dictum Bertrand cōs. 90. vol. 1. vbi ait quod si in terminis cap. quamuis pactum de pact. lib. 6. filia renunciet legitimæ in fauorem illorum quos pater nominabit, patre nullos nominante & intestato decedente, ad paternam successionem admittetur quasi defecerit conditio.

In secunda quæstione.

5 Triti iuris est emphyteutam nō soluentē perdere omne ius quod habet in emphyteusi, siue etiam melioramenta seu emponemata amittit, notat Ias. in d. l. 2. n. 27. & in l. 1 illo tit. n. 30. & in §. actionum n. 184. instit. de actio. tex. in auth de alienat. & emphy. §. si quis vero col. 9 tex. in auth qui rē, vbi Ias. numer. 18. Decius 14. Cod de sacros. eccles. Paulus cōs. 237. lib. 1. n. 4. Guido decis. 169. & decis. 438. Decius cons. 518. Valasc. q. 25. n. 2. Pinel. in l. 2. C. de rescind. 2. p. c. 3. nu. 7. Cornelius de pauper. q. 8 speciali 9. n. 5.

Quæ conclusio non tantū procedit in emphyteusi priuata, verū & in emphyteusi ecclesiæ ex Bal. in l. senatus § Marcellus ff de legat. 1. Bero in d. c. potuit nu. 148. prout etiam fit in feudo Iacob. d'Ardizo in sūma quibus mod. feud. amittat. Bald. & Afflict in c. 1. §. si vassalus n. 3 titul. hic finitur lex. Bero. quæstio famil. q. 6. num. 4. vers. aut vassali colonus autem repetit melioramenta ex Valasc. d q 21, num. 32. vbi ponit regulam cum limitationibus.

6 Quod intelligi debet quando

emphyteusis concessa fuit pro parua pensione prout cōcedi debet, ex Clar. d.verbo emphyteusis q.8. in fin. secus si pro magna quia tunc nō amittuntur melioramenta, Rubeus in l.gallus §.quidam recte nu.207. ff. de liber. & posthu. In casu dubio occurrit elegans quæstio, quādo emphyteuta à colono emit melioramenta, deinde incidit in cōmissum dubitatur an perdat melioramenta quia licet colonus illas non amittat, vt per Valasc.d nu 32. tamen hoc casu ille iam illas possidebat vt emphyteuta, Alciat. responso 20.n 8. hanc mouens quæstionem in fauorē domini resoluit, pro quo facit l.2. C. de iur.emphy ibi, *nomina meliorationis, &c.* Doct. in d.l. senatus. § Marcellus ff. de legat. 1. sed contraria videtur verior quia d.l.2. pœnalis est, & intelligenda de expensis quas emphyteuta fecit vt emphyteuta, quia semper attēditur prima causa, & ratio l.colonus ff. de locat. militat in hoc casu in simili Bald in l. 2. C. de rescind. vend. q 9. quia quando casus mixtus potest separari vterque simplex censetur l. si sponsus §.circa ff. de donatio inter vir. l. si statu liber. §.fin. ff. de statu liber. l. Aristo, & ibi doctores ff. de donatio.

7 Et dici potest hanc pœnam nō incurri ipso iure, quia Regia Ord. vtitur illo verbo perdera, quod temporis futuri significationem demonstrat non tamen inducit Canonē latæ sententiæ, ex Panor. in d c potuit 2.p. verbo celeri, notab vlt. & dicit cōmunem Ias in d l.2 n.9. Decius in auth. qui rem nu.11. Cardinalis in Clem.1. q.6. de pœnis, quamuis dubitet Felin. in cap. Rodulphus vers vlt. de rescrip. Ias in l omnimodo n 10.C. de inoffici. testam. Romanus cons.212. dub.2. & quod cadat ipso iure senserit Roland. cons.87. lib.1. nu 13. sed de iure Regio prima opinio videtur verior, ex glos. & Bart. in l.1. ff si ager vectigal vbi Bald. n.6. Decius cons.138. nu.5. Speculator titul. de locato, vers. sexagesimo sexto, Alex cons.172. vol.2. visotemate idē Decius cons.185. n.9. incipit in causa istorū. Ex quo infert Ias. in d. l.2. quod hanc caducitatem alius obijcere non potest, ex Corneo cons.237. vol.1. vnde emphyteuta est interim dominus vtilis, sensit glos in l. ita tamen ff si ager vectigal. Benintendis decis.57. Rixius in collect. decis. part 2 collect.303. Tiraq. in l. si vnquam, verbo reuertatur n.10. C de reuoc dona. quod amplian- dum est etiam si clausula sit apposita quod ipso iure amittatur quia semper intelligitur posita in vtilitatē domini vt illo declarante incurratur, vt per Deci. d. cons.138. nu.5 & 6. & 206. n 8. & 185 nu.9. vel si apponatur clausula quod dominus possit possessionē ingredi, Cassador tit. de locato q.3. nu.5. Quintilian. de signatura gratiæ fol.35. ad med. quæ tamen declaratio nec hæredibus nec contra hæredes datur, ex Cassad. d. q.2. n.22. & q.3 in princ. n.3. Nauarr. in c. fin. de simon. post nu.30. Riminal in §.1. instit. de donatio. n.21. Menchaca vsufrequen. lib.3. c.64. n.1. Gigas de pensio. quæst.77. in fine, quia actio commissi est actio ex lege, & sic personalis quæ non datur contra singularem possessorem, Bertrand libr.3. cons.3. n.30. Socin cons 66. n.19. lib.3. Cuman cōs.144. Ripa in l. fin. in fine C de reuo. donat. Menoc. cons 99. nu. 106. Gama decis.41 n.2. quod ita non fieret si pœna esset incursa ipso iure quia hæc contra hæredes daretur, vt per Bald in c.1 §.insuper n.7. de prohibit. feud aliena. Hypol. in l. vnica C. de raptu virg. nu.64 Cotta in memorabilib verbo vassalus potest priuari.

8 Nec obstabit Ord lib 4. tit.39. ibi *por esse mesmo feito*, quod verbū est latæ sentētiæ vt in alijs locis dicit veluti in Ord lib.2 tit.16. in fin & tit 17. & titul. 18. & tit.38. §.1. & lib.2 tit.43. §.42. & §.55. & titul.48. §.9. & lib.4 titul.71 in prin. & tit.73. in fine, & lib 5. tit.6. §.10. quia

quia illa verba por esse mesmo feito nõ referuntur ad iuris dispositionem in illa Ordinatione, sed ad facti quæstionem hoc est per illud factum, quod explicatur ex sequentibus ibi, *será aplicado ao censerio se o elle quizer*, quæ declaratio inducetur si dominus alium inuestierit, Alex. conf. 6. vol. 3. quem sequitur Ruynus conf. 166. n. 14. vol. 1. Socin. conf. 111. nu 10. vol. 2. quia nihil interest facto aut verbis voluntatem explicet l. paulus ff. rem ratam haber. Et inde fit quod contra hæredes non transit quia pro iniuria vel ingratitudine contra defunctum cõmissa hæres non admittitur si ille in vita siluit l. 1. & l his solis, & l. fin. C. de reuocan don. c. fin. extra de donatio. Ripa in d. l. fin. q. 61. Tiraq in l si vnquã, verbo susceperit nu. 174 quia actio quæ tendit ad vindictam non est transitoria ad hæredes, gloss. in l. 2. §. emancipatus ff. de collatio bonorum quã declarat Bart. in l prætor edixit § 1. ff. de iniur. Alex. in l rei iudicatæ nu. 4. ff. solut. matrim. Ias. in § pœnales instit. de actio. nu. 96. quare Alexander d. l. rei iudicatæ nu. 3. negat hæredibus mariti, repetente vxore bona dotalia, exceptionẽ adulterij, commissi in vita mariti, de quo additio Panor in c. 1. vt lit. nõ contest. nu. 3. Boerius decis. 338. à n. 7. Pallat in rub de donatio. §. 78. n. 18. Hypol. in d. l. vnica nu. 62. Tiraq. in l. si vnquam, verb susceperit num. 176. faciunt quæ Gomez tom. 2. de testam. c. 11. nu 11. vbi agit an hæredes abintestato possint ingratitudinẽ filio obijcere, quod ipse vbi supra ampliat etiam si defunctus ignorauit cõmissum quia animi declaratio ad hæredes non transit maxime in iniuriarum persequtione d. l. iniuriarum ff. de iniur. sed contra eum est cõmunis sententia quod si dominus ignorauit vel morte præuẽtus non potuit declarare voluntatẽ tunc nõ videatur cõmissi pœna remissa, vt per Alex. in d. l. rei iudicatæ nu 4. & 5. Hypol. in d l. vnica num. 67. Cotta in memorabilib. verbo donatio perfecta, & verbo vassalus, Craueta cons. 59. in fin. Affict. in c. 1. §. porro, ex quib. caus. feud. amittatur nu. 21. & 25. Menoch. cõs 99. n. 179 plures quos citat Gomez d. c. 11. nu. 12. Ioannes à Garronibus in auth. ex testamento Cod. de secund. nup ante nu 38.

9 Illi autem resolutioni suprapositæ quod hæres non possit pro commisso agere domino tacẽte obstat tex. in l. si ego ff. de iur. dot. ibi, *sed benignius est fauore dotium necessitatem imponi hæredi, consentire ei, quod defunctus fecit*, quo loco Vlpianus probat dotis fauore esse speciale statutum, quod hæres non possit reuocare id quod defunctus poterat, ergo palam probat contrariam esse regulam, quod in hæredem transit reuocatio, quam defunctus potuit facere, probat Afflictus quæst. 111. nu 7. commendat Decius cons. 35. num. 5. & 8. vers. postremo col. fin. Ias. in l. 3. §. idem erit ff. de condict. ob caus. Alex in l. si pecuniam eod. titul ita ex illo tex. arguit. Exea de pact num. 173. vers. septimo, vbi etiam inducit num. seq. quod scribitur in l. si inter in §. si vxori ff. de dona inter iur. quod ius pœnitendi transit ad hæredem, & facit quod cradit Bald. in l. cum à socero C. de iur. dot. vbi firmauit donantis hæredẽ posse modũ reuocare, quemadmodum & defunctus poterat in quo tamen Bald. communiter damnatur, in l quæ Romæ § Flauius ff. de verbor. obligat teste Exea d loco, qui pro cõmuni arguit, eo fundamento quia ius declarandi est personale ad hæredes non transmissibile glos. in l Pomponius §. fin. ff. de rei vindic. & in l. inter stipulante §. 1. vbi Bart. ff. de verbor. Rippa in l. si vnquam. n. 42. C. de reuocand. donatio quod maxime procedit si ad sit tertij præiudiciũ, vt per Ang. in §. si generaliter, instit. de legat. Ias. in l. si à filio § siquis plures ff de leg 1.

10 Retenta tamen supardicta resolutione non obstabit d.l.si ego cui, Iason. in d. § Flauius anxié conatur respondere, si aduertimus quod in eo tex.defunctus centũ promiserat dotis nomine, & antequam nuptiæ sequerentur obijt, quærebatur an illa centum hæres præstare teneretur, & respondit Iurisconsultus, quod non nisi de nouo consentiat, quia mortuo promissore dominus ille factus fuit, & eo inuito á se abdicari dos non potest, sed nihilominus respondit dotis fauore benignus esse hæredem compelli stare ei, quod dominus fecit, & sic ille tex. probat assumptum, in contrarium esse regulam communem, quod hæres posit variare, seu reuocare, quemadmodum, & testator poterat, quod verum esse admittimus retentis terminis illius legis,quãdo hæres est dominus post mortem defuncti, prout in casu illo, qui longe diuersus est ab eo, quem Ias cæterique doctores tractant in d §. Flauius, quia in nostro casu emphyteusis dominium non est penes hæredem sed penes ipsum emphyteutam, nihil ego conducit ad hunc casum illa allegatio.

11 Nec pariter obstabit quod vẽditare emphyteutica sine domini cẽsensu hæres pro commisso agit quia pæna ipso iure incurritur, Paulus in l.omnimodo in princ. C. de inoffic. testam.Ferra. in l.2.ff de duobus reis, num. 41. & licet Ias. supradicto loco sentiat non incurri caducitatem ipso iure quia requiritur domini declaratio, qui videtur remisisse dum non declarauit tamen fallitur quia in alienatione datur quædam successiua contrauentio, cum semper maneat emphyteusis alienata, tam in vita domini quam hæredis, quare cum alienatio semper duret satis est quod dominus alenationem nõ approbauerit, & emptorem non agnouerit vt hæres posit agere, vnde hac ratione cessante si emphyteuta vel vassalus post alienationem,& traditionem emphyteusim vel feudum recuperauerit, quãuis ipso iure non euitent commisum, semel in cursum, tamen si dominus sciuerit, & alienationem, & traditionem,& recuperationem,& sciens vassalum vel emphyteutam non inquietauerit, hæres eius non inquietabit neque hoc casu procedit Baldi conclusio, vel non infæliciter dici potest quod etsi agnoscamus pænam commisi ipso iure incurri, non tamen potest dici quod dominium vtile ipso iure domino acquiritur, donec declarauerit ac proinde ad hæredem transmitti non posse ius caducitatis, quia per mortem domini hæres non est dominus, velis domini,& sic cessat dispositio d l. si ego quo argumento videtur idem dici posse in casu alienationis, ex Ias in d.l. omnimodo num. fin. C de inoffic testam .quia Baldi & aliorum sententia solum procedit, quando ipso iure dominum acquiritur absque alia declaratione, vt in hæredem tarnsferatur, per rationem d l. si ego.

12 Vnde in casu conuerso quando scilicet dominus vult agere contra hæredem emphytentæ vel delinquentis,si contra viuentem non egit disputat Cassador. titul.de locato quæst. 2. num.2. & quæst.3. num. 3 Gigas de pensio quæst.77. & tenent dominũ censeri remisisse felloniam, si sciuit, & tacuit, Iacobus Machellius patrocin 29. nu 5. & 6 Clarus verbo feudum quæst.65.tradit Ias. n l hæc actio ff de edend. vbi habet contra hæredẽ notarij nõ dari ex dolo defuncti actionem,& fuit Glos in l.fin. C. de reuocand donatio. c. fin.eod. titul. plures citat Afflict in cap 1.§ porro num 38. quæ fit prima causa num 43 pro quo pondero quod dominus dissimulans videtur esse in dolo quia si contra delin-

delinquentem experiretur posset se legitime excusare, & probare domini consensum cuius defensionis, hæres ignarus est, & ideo contra dominum differentem agere non cessat calumniæ suspitio, ex cap. Christianus 21. q. 1. gloss. in Clem. sæpe. §. & quia, verbo nõ obstante de verborum signi. consuluit Bald. cons 37. volum. 1. firmat Afflict. decis. 13. num. 21. coniectura 9. & q. 58. ad fin. allegat Romanum cons. 169. & Panor. in cap. nullus de præsumptio. Rebuff. in praxi fol. 359. ad fin. Boer. q. 118. num. 21. Barbatia cons 53. col. 11. vol. 2. vers. cum ergo.

13 Obstat tamen adhuc tex. in c. si vassali si vassal. feud. priuc. vbi scribitur filium fæudum habere nõ posse si pater felloniam commisit, deinde obstat l. si obstetrix ff. ad l. aquil. vbi probatur quod vbi duæ culpæ concurrunt illa præualet, quæ maior est, cũ igitur adsit domini culpa in non agendo, & emphyteutæ in delinquendo, præponderat huius culpa, quæ cõsistit in faciendo. Tertio quod nulla lege cauetur vt dominus in vita agat, quare intra 30. annos videtur posse admitti, ex Guido quæst. 412. Deinde facit quod scribitur in d. l. fin. Cod. de iur. emphyt. quod pæna commissi incurritur ipso iure, & dominium transfert excepta possessione, circa quam solum requiritur sententia declaratoria, Afflict. in cap. 1. de fæud. sine culp. non amittend. videtur sentire Ordin. titul. 38. § 1. adeo vt liceat domino hæc bona alij concedere, quia consolidatũ est vtrumque dominium prout scribitur in l. ne cui C. locati, vt per illũ tex. concludit Roman. cons. 212. quod dominus potest emphyteusim ad se reuersam per fideicommissum possessore inuito, alij concedere, sequitur Alex. cons 130 num. 2. volum. 1. idem Alex. cons. 44. num. 2. volum. 3. Socin. libr. 3 cons 4. num. 25. Socin. Iunior. cons. 111. lib. 2. num. 7. Cotta verbo emphyteuta non soluens, vers. sed dubitatur, nec aliud suadent iura supra allegata in l. fin. C. de reuocād donatio. & l. 1 cod titul. cap. fin. eod. titul. quia procedunt in reuocatione legali, à lege inducta, propter ingraditudinem superuenientem quo casu lex noluit contra hæredem culpam trãsire secus tamen in contractu celebrato inter vassalum & dominum vt res committatur quæ pæna hæredes sequitur mitius enim agitur ex dispositione legis, quam hominis l census ff. de arbitris, l. fin. ff. de solutio. Afflict. d. c. 1. § porrò nu. 52. quæ sit prima causa.

Quare in hoc regno si vsum & stylum inspicimus indubitanter resoluendum est caducitatem patris nocere filio quia in omni concessione reperitur hæc pactio, quod pactum vt aliquid operetur debet transire ad hæredem, vnde prima opinio obtinere poterit si sine his pactionibus emphyteusis concessa sit, vt per Afflict. d. § porro nu. 61.

14 Quare in puncto iuris ex supradictis non videtur hæc opinio fundamentis destituta, licet æquior videatur prior vt sequi debeat quia communis, quod culpa prædecessoris successori imputari non potest, quod semper intelligendum duco quando dominus contra successorem agit, secus si successor agat contra dominum, vt rem sibi tradat, & concessionem obseruet, quia hoc casu potest dominus excipere de fellonia, vt dixit Ancharran. in cap. fin. de donatio. & ibi Barbat. num. 16. Curtius de fæud. 4. p. in fin. num. 157. vers confirmo, quod ampliandum est, vel feudum, vel emphyteusis sit noua vel antiqua, quia poterit dominus feudum vel emphyteusim retinere ad manum suam, & contra hæredem vassali vel emphyteutæ iura offerentem, & manus leuationem, & inuestituram petentem, excipere de ingratitudine, & petere declarari

clarari incidisse in cōmissum quāuis de hoc non fuerit conquæstus in vita vassali, quia satis est quod passus non fuit ingratum vassalum posſidere, sed illico manum iniecit.

15 Vnde retenta hac opinione quod emphyteuta non cadit ipso iure in commissum resoluitur fructus interim perceptos suos facere, nec ad eorum restitutionem teneri, nisi tempore quo dominus declarauerit voluntatem suam, Cassadorus. d. titul. de locato. q. 4. n 9. gloss. verbo imminere, in Auth. de incæstis nup. col. 2. in princip. communiter recepta vt per Pallati. in rubr. §. 72. nu. 5. Tiraq. in l. si vnquam, verbo reuertatur nu. 219. Felin. in cap. de quarta de præscriptio num. 33. sed in hoc contrarium tenuit Ias. in d. l. 2. C. de iur. emphyt. num. 17. consentit Tiraq. vbi supra num. 221. & ita consuluit Socin. cons. 167. vol. 2. nu. 12. vbi tenent quod omnes fructus statim amittit, subsequuta domini declaratione, à tempore quo res incidit in commissum, sicut fructuarius tenetur restituere fructus à tempore finiti vsusfructus perceptos, l. si pater C. de vsufructu. Emphyteuta autem similis est vsufructuario, Bald. in l. vnic. §. in primo C. de caduc. tollend. gloss. notab. in cap. 1. in fine de inuestitur de re aliena fact. & ita docuit Angel. in auth. de non alienand. §. si vero, quia est malæ fidei possessor, Albericus de rosatis in l. 2. C. de iur. emphyt. quod tamen videtur stare non posse nisi sequaris eam opinionem quod caducitas incurritur ipso iure supposita domini declaratione vt trahatur retro declaratio ad tempus commisſi criminis argum. notatorum in l. si quis mihi bona. §. iussum ff. de acqui. hæred.

16 Deinde illa regula quod hæres domini caducitatem nō opponit debet limitari in Prelato qui nomine ecclesiæ potest agere de commisso, temporis prædecessoris eius, Angel. in l. fin. Codic. de secund. nup. in princip.

In tertia quæstione.

17 Emphyteutæ sæculari triennium præscribitur quo elapso si debitā pensionem non soluat moram purgare non potest, Ord. d. titul. 39. in prin. quod voluit Imola in d. cap. potuit de locato num. 28. in fin. Alex. cons. 105. num. 10. lib. 3. late Ias. in l. 2. Cod. de iur. emphyt. nu. 80. & est de mente Decij in auth. qui rem num. 6. C. de sacros. eccles. Afflict. quęst. 174. Cepola cautela 135. Crottus in l. si insulam ff. de verbor. obligat. nu. 64. ex moderniori-bus Pichar. in §. adeo num. 52. instit. locati. Valasc. dict. quæst. 21. Molina Theologus disputat. 453. Azor instit. moral part. 3. libr. 10. cap. 6. quæst. 6. Mantica de tacitis & ambiguis libr. 22. titul. 27. Rebello de obligatio insti. part. 2. libr. 13. Gama decis. 91. Valasc. quæst. 21. Cabed. decis. 154. numer. 6. Cuius rei videtur esse ratio, quia cum certus terminus solutioni sit assignatus, eo lapso non licet moram purgare, tradit Andreas Alciatus in l. si super possessione numer. 11. verbo diem certum C. de transactio per tex. in l. Thais § intra ff. de fideicommiss. liber. Iacobus de Nigris in d. l. si insulam nu. 113. quod propter conditionis defectum videtur inductum, debet enim conditio præcisè, & ad vnguem adimpleri, l qui hæredi, & l. Mæuius ff. de condit. & demonstrat. quapropter vbi dies, & pœna obligationi adijciuntur, dilui mora non potest, l. traiectitiæ ff. de actio & obliga. pœna enim non nisi sub conditione apponitur, si id quod principaliter promissum est datum factumue non sit, l. 4 §. Cato ff. de verbor oblig. vnde si dies vel certum tempus non adijciatur posset mora purgari, cū cōditio

ad

ad certum tempus non restringatur l.1.§.item si ita ff.ad l.falcid.

18 Quod intellige nisi emphyteuta antequam dominus declaret voluntatem suam, offerat, quia tunc excusabitur, quia ante declarationem non est domino ius quæsitum, ita Ferrariensis in d l.2. ff.de duobus reis num.33.qui dicit communem Cepola & Crottus vbi supra Ias in d.l.si insulam num.16.sed hoc nostræ legi Regię nullo modo conuenit visis illis verbis ibi, *posto que despois queira purgar a mora*, & ibi *saluo se o senhorio expressamente aprouar &c.* quare in hoc regno nullo modo mora purgabitur ante domini declarationem & fuit Ripæ in d.l.si insulam num.39 licet Crottus ibi contrarium senserit num.64.& Cassador in consuetud. Burdegal. rubr. 9.§.22. col.2.ad fin.

19 Ratio autem quare emphyteuta priuati moram purgare non possit ea videtur esse, quoniam cum hoc casu à lege sit statutum tempus certum & apposita pæna vtique cessat moræ purgatio, l. traiectiæ §. de illo ff de actio & obliga.l. magnam C. de contrah & committ. stipul. Bart in d. l.si insulam num.4.receptus ex Alex. ibi num. 14. nec obstat cap. potuit de locato vbi, similiter est tempus certum, & pæna apposita & nihilominus moræ purgatio locum habet quoniam communis resolutio habet illum tex. procedere de æquitate Canonica vt per Couar.lib.3 resol.c.17.n.4.Ripa d. l.si insulam num.51.

20 Sed non satisfacit quia etiam de iure Canonico vbi est statuta dies & pæna, cessat moræ purgatio, vt in cap licet canon. de electione lib. 6. Glos fin in cap. licet de supplend. negli.Glos.magna ad finem in reg. mora de reg iua.lib.6. quare aliqui sentiunt moræ purgationem ecclesiastico emphyteutæ concedi quia breuiori tempore in commissum incidit, denegari vero sæculari quia tempore longiori, prout dixit Gozadinus , cons.66.post nu.13.vt qui in vno grauatur in alio releuetur Ripa d. l. si insulam num. 39. Franciscus Marcus quæst. 576. num.2.

21 Vnde fit quod confunditur Baldi sententia in l.cum allegas oppos. 6.C de vsur.vbi scripsit in contractibus bonæ fidei admitti purgationem moræ, etiam vbi est adiecta dies, & pæna. sequitur Paulus in d l. si insulam vbi extollit Ias.vers.vnum Paul & Ias. in l.& si post tres num. 25. ff. si quis cautio per l. Lucius ff. de actio emp. Menchaca de successio creation. libr. 3.§.21.numer.9. vers.secundo, Alciat. respons. 101. ante num.1. ac proinde in emphyteusi ecclesiastica quia bonæ fidei contractus est purgationem moræ admittendam fore, prout in c. potuit, quæ alias non admitteretur, si contractus emphyteuticus ecclesiæ bonæ fidei non esset, quod adstruere videtur idem Bald in cap.1. de plus petitio.nu.12. vers ego puto, vbi inquit quod de æquitate Canonica omnes contractus mundi sunt bonæ fidei, nõ quoad titulum actionis , sed quoad mentem, & substantiam intentionis, sequitur Ias.num.4. in §. actionum, & in §.quadrupli ad fin.eod.Galcaula in l.4.§.Cato nu. 61.ff.de verbor. obligat meminit Mencha. de successio creat. §.21.num.9.vers.illud autem.

Sed in vtroque casu Baldi sententia falsa est, etenim quoad primum aduersus Bald. est communis sẽtẽtia, quæ habet vbi apponitur dies, & pæna moræ purgationem non admitti. siue is bonæ fidei siue stricti iuris contractus sit, Gloss Bart. Alex. in l.Lucius ff. de actio empti, idem Bart.in d.l.si insulam oppos 6.& secundum hanc opinionem quæ communis est consuluit Bald. cons. 106. cum peteretur vol 1. Socin.cons.199. vol.2. tradit Alexan. cons. 105. libr.3.num. 6. communem dicit

dicit Ripa in l. etsi post tres num. 27. ff. si quis cautio Ripa in d. l. si insulam num. 43. allegantur ad id d. l. traiectitiæ & d. l. magnam. alciat respons. 101. num. 4 Menchaca vbi supra §. 2. vers. secundo num. 9. & hanc contra Baldum tenet Valasc. quæst. 5 num. 13. licet Gomezius in §. actionum. col. 2. contrarium defendat, quam obrem Cumanus in d. l. si insulam asserit eius opinionem iure non probari, eaque ratione conuinci, quia in contractibus bonæ fidei maior militat ratio magisque exuberat bona fides, vt moræ purgatio non admitatur, quam ob rem grauius pecat, qui in his contractibus moram facit, quam in stricti iuris, in quibus non tam exacte requiritur l. elegonter in princ ff. de dolo, cum ibi notatis, & in l. 3. §. fin. ff. de actio emp. & maior perfidia est non implere conuenta, vnde non implenti minus succuredum est secundum doctores in l. 1. ff. de constit. peccun. nec obstat tex. in d. l. Lucius quia non debet ibi summi argumentum à contrario sensu ne resultet prauus intellectus, vt notat Glos. in cap. vnico verbo videntur de ætate, & qualit in 6. vel potest dici argumentum à contrario sẽsu ibi posse summi quoad interesse, non autem quoad pænam, respondet etiam Cumanus in d. l. Lucius quod ibi non debet summi argumentum á contrrrio sensu ex verbis narratiuis qualia ibi sunt sed solum ex verbis decisiuis, quod voluit Federicus de Senis cons. 3. viso puncto & Salycet. in l. qui se patris C. vnde liber. & in l. accusationẽ C de his qui accusa. Imol. in c. cum Apostolicæ de his quæ fiunt á Prælat. vbi allegat cap. si Papa de priuil lib. 6. Alex. cons. 105. num. 8. vol 3.

22 In secunda parte etiam falsa est Baldi sententia & ideo merito eam reprobat Iás in l. cum postea num. 3. C. de pact. & in l. quod te num. 34. ff. si cert. petat. Alciat. in l. 4. §. Cato num. 85. Gomez in §. actionum instit. de actio. n. 3 Couar. in reg. possessor. 2. p. §. 6. num. 5. lib. 6. Valasc. de iur. emph. quæst. 5. num. 11. & quamuis Baldus dicat quod non meminit se obseruasse in aliquo textu differentiam substantialem, inter contractum bonæ fidei, & stricti iuris, nihilominus ea expresse comprobatur in cap cum venerabilis de exceptio. Stat igitur ex prædictis regula generalis, quod in contractibus vbi est dies & pæna, lapso die amplius mora purgari non potest, & cum hoc casu appareat de certa conuentione partium, lex nõ potest aliud inducere, nisi cum manifesta iniuria stipulatoris.

23 Ampliatur primo supradicta regula, etiam quando dies est prorogabilis ad creditoris voluntatem, vt quia dictum sit promitto sub pæna, vsque ad pascha, & abinde in antea, ad requisitionem tuam, Angel. Imol. & reliqui in l. si ex legati causa ff. de verbor. obligat.

Secundo ampliatur etiamsi veniente die pars sit soluta, vt renuit Bart. in l. si insulam, vbi allegat tex. in l si ita quis promiserit §. Seia eod. tit. & ita loquitur tex. in d. l. traiectitia § de illo, vnde apparet verum nõ esse Iasonis sententiam ad l. Lucius ff. de actio emp. perperam opinantis, ibi partem contractus, fuisse impletam per textum ibi partim datis materijs, & ibi, neque hæres reliquam materiã, quia propter conditionem quæ secundum naturam pænalis promissionis intelligitur, actus sit indiuiduus l. stipulationum 2. in fine ff de verbor. obligat. l. Thais. § intra ff de fidei. liber qui autem partem indiuidui facit nihil fecisse videtur l. pen ad fin. C de his quibus vt indignis, licet id quod est cæptum compensari debeat arg. l. in executione §. pen. vbi gloss. ff. de verb. oblig.

Nec

Nec obstat quod in bonæ fidei iudicijs videtur licita moræ purgatio, & sic prædicta regula limitanda per tex. in d. l. Lucius, vers neque hæres, per quem tex. tenuere Bald d l cũ allegas oppos 6. quia ille intellectus vt supra dixi est communiter reprobatus, pro quo est l. 1. ff. de pen. lega. iuncta regula quod contractus bonæ fidei imitantur naturam vltimarum voluntatum, & illis æquiparantur, l in minorum C. in quib. caus. in integr. rest. vnde memoriæ prodidit Paulus Castrensis in d. l. Lucius se habuisse de facto hunc casum Florentiæ, & obtinere non potuisse, & merito quia non est temerè recedendum à regula iuris prohibente, supra scripto casu purgationem moræ argum. gloss. in l. omnis diffinitio ff. de regul. iur.

24 Nec obstat tex. in d. l. Lucius, quia alius est verior intellectus veterũ quem refert Alberi. ibi, & sequitur Alcia. in d. l. si insulam. In casu enim illius legis erat adiecta stipulatio pœnæ ad quam referebatur dies in contractu apposita. Præterea aderat etiã obligatio vsurarum cui non erat apposita dies, Iureconsultus autem ibi vers. neque hęres, sentit quod esset licita exhibitio materiæ, ad euitationẽ vsurarum, quibus non erat apposita dies, sed in casu prædicto tractatur de præstatione ipsius rei, cui dies est apposita, ideoque merito non admittitur purgatio moræ, & hæc est communis & verissima opinio, à qua in iudicando non est recedendum Alc. responso 101. nu. 6.

25 Moræ autem purgatio non admittitur quoties impossibile est reponere rem in pristinum statum secundum Bald. in cap. 1 quo tempore miles, quod notat Aretin. in l qui Romæ §. Calimachus 4. notab ff. de verbor. obligat Bald in cons. 250. incipit si tibi dedi vol. 3. vbi ponit exemplum in eo qui tenetur donantem alimentare, qui tempore transacto non admittitur ad purgandam moram quia in præstatione alimentorum non cadit recompensatio temporis cum fortè donator fame laborauerit, & purgatio moræ non reponit rem in pristinum statum tradit Alciat in l. si pacto quo pœnam C. de pact. nu 30.

Sic pariter cessat purgatio quando ex purgatione damnum creditor subiret quia tunc cessat æquitas à qua substantia purgationis dependet, l. si ita quis §. 1. ff de verbor obliga. & arg. à contrario sensu in l. sed etsi alia in princ. ff. de constit. pecun. l vtique ff. de arbitris, Alciat. in d. l. si pacto n. 29. quod maxime procedit in actore qui moram purgare non potest, vt actionem quærat, d l. Thais § intra, & l si intra ff de statu liber. l si super possessione C de transactio declarat Bart in d l si insulam q. 9. & in l. hæc conditio ff. de cond. & demonstr. de quo etiam Alex. in l. 1. § etiamsi not. vlt. ff. ad l. falcid. Ex quo fit quod si emphyteuta per tres annos cessauerit à solutione, & in fine vltimi anni pensionem primi anni obtulerit vt sic commissum euitet tenebitur dominus illam solutionem recipere, nam licet regula sit creditorem non teneri particularem solutionem recipere, nisi quatenus obligatio, & solutio, vel saltem solutio iam actu diuisa est ab homine, vel à lege, hoc tamen fallit in reliquis, nec mirum cum sint diuersa debita, & à principali (postquam dies eorũ cessit) separata. tex in l. prædijs § & his & §. pater, & in l. quæsitum § pero ff. de legat 3 & sic reliqua siue ex conducto, siue ex fænore, siue ex emphyteusi vel alijs dummodo debitum liquidum sit, nec sit opus redditione rationum; potest vnius termini solutionem offerre nec creditor recusare potest imò constituitur si recuset, in mora recipiendi, quia non tenetur totũ offerre. Si autem debitor velit pro vltimo

anno

anno, vel pro anno medio soluere, vt sic differat in longius tempus caducitatem videtur quod non tenebitur dominus recipere quia non cogitur acceptare solutiones turbato ordine, & cum damno suo.

26 An autem dominus recipiens pensiones pro præscriptis annis videatur ius commissi remisisse videndus Bart in l 2. C de iur. emphy nu. 8. Alexan. cons 112. vol. 4. Afflict. decis. 129. num 9. vbi constituit differentiã inter scientem, & ignorantem, quod tamen indistincte sequitur Pallati in rub. §. 6 num. 10. Socin. cons 167 vol. 2. num. 10 quinque opiniones circa hoc citat Ias in d. l 2. num. 124. & 126. de quo videndus Alexan cons 113. vol. 4. Decius cons. 185. ad fin & cons 329. num. 3. Paris. cons. 108. num. 43. libr. 1. Boer quæst. 309 num 5 Menoch cons. 20. num 58. Roland. cons. 87. num. 32. vol. 2. Pro tempore autem futuro recipiens indistincte videtur remisisse commissi pænam l de lege § fin. ff. de leg cõmissor. Aretin. cons. 150. Paris. vbi supra num. 43. Boer. nu 6 Curtius Senior cõs. 81 & quod hoc casu si recipiat cum protestatione saluum maneat ius commissi dixit Bart in d. l. 2. qui reprobatur communiter vt per Cyn. Salycet. & Iason ibi numer. 124. Ripa in cap. cum M. de consti. num. 130 verũ Bart. opinio poterit admitti quando emphyteuta protestationi cõsentit, quia protestatio etiam cõtraria facto, in dependentibus á voluntate duorum operatur effectũ suum, vtroque consentiente cap. diaconi 28 dist. Si tamen emphyteuta expresé contradicat nequaquam Bart. opinio admitti potest, sed hæc apud nos non obtinent visa forma, & dispositione legis Regiæ quæ ius commissi semper saluum esse voluit etiam receptis præteritis pensionibus: adhuc tamen si futuras pensiones recipiat post præteritas videbitur commissi pænam remisisse. l. 2. §. nõ male. ff. de exceptio. dol. l. qui futurum ff. de pact. Ias d. nu. 126. eleganter Ruynus cons. 110. vol. 1. num. 4. vbi habet quod non proderit protestatio quia contraria facto, quæ est communis secundum eum d n. 4. sed de iure Regio omnis consensus tacitus repellitur, ibi, *saluo se ao senhorio expressamente aprouuer, &c.* prosequitur Couar. lib. 1 resol. c. 15 num 4. quando enim statutum consensum exigit expressum nuncupatim tunc tacitus nõ sufficit, etsi huiusmodi consensus non sit ad solemnitatem sed tantum respiciat eius qui consentire debet commodum, vel incommodum, vt in cap. statutum § in nullo de rescrip. lib. 6. Rota decis. 380. Tiraq. in conubial. Glos. 7. num. 7. quod pariter obtinet cum consensus ad solemnitatem actus adhibetur, videlicet qui non tangit priuatim illum qui consentire debet, sed qui tantum adhibetur ad integrãdam alterius personam, actum conficientis, tunc enim consensus expresse præstandus est, vt notat Dynus in cap. qui tacet de reg. iur. in 6. Bart. in l. quæ dotis ad fin. in quarto casu ff. sol matr. Bald. in l si fine C. ad Senatusconf. Vellean. vnde recte Ord lib. 4. titul. 48. disponit consensum mariti debere esse expresũ sequuntur plures relati à Tiraq in leges Conubial. glos. 7. num. 14 & 71.

27 Dubitari solet quousque liceat emphyteutæ ecclesiæ morã purgare & posse vsque ad litem contestatum voluit Alex in d. l. si insulam num. 13. ibi, *quod si litem contestatus sim nihil tibi prodesse &c.* Ord. d. titul. 39. § 2. cap si quis præsbyterorum verbo clericor. de rebus ecclesi. l. penulr. ad fin. Cod. locati cap. potuit illo titul. tunc enim dicitur celeriter fieri, & hoc iudicis arbitrio relinquitur l. si ita quis §. Scia ff de verbor. obligat. in fin: ibi, *quod omne ad iudicis cognitionem remitendum est, & crebrius recipitur,* Glos.

gloss d.cap potuit, vbi Bero.num.142. Ripa in d.l.si insulam nu.35.vbi Bart. num.3. Paris.cons.108. num.44.libr.1. Tiraquell. in l.si vnquam, verbo omnia vel partem num.31. Clarus §. emphyteusis quæst.7. num.fin. Menoch. de arbitrar.libr.2.cent.1 cas.7.num.13. Bursatus cons.26. num. 44. volum.2. Grassus libr.2. commun. cap.1.quæst. 24. quare prudens iudex arbitrabitur an emphyteuta dolo litis contestationem distulerit vt non videatur celeri satisfactione soluisse, Alex. vbi supra num.12. Gama decis.147.n.3.

28 Vnde si emphyteusis ad plures pertineat hæredes, & vnus solum soluerit totam pensionem reliquorum ius conseruat, nisi constet aliquos soluere nolle, & repugnare quia tunc etiã illa solutio eos non liberabit, quia reprobatio intercedens tanquam actus contrarius inter medius impedit ratificationem, l dispensatorem in fin ff. de solutio. Ias.in l.Pomponius § quæsitum col 1 ff.acquir.poss. & licet simplex negatio non faciat emphyteutam cadere, vt facit vassalum in feudo §. vassalus si de feud. fuer. controuer. inter dom.& agna & ibi Bal.vers.extra quæro, Decius cons.28. col.3. tamen illa negatio facit vt non pro sit solutio per alium, negantis nomine vbi alias prodesset domino recipiente, vt per Bal. in l si solemnibus Cod. de rei vindic. Specul.titul. de locato.§ nunc aliqua.vers.82.& ibi Ioan.Andreas in add ad Roma. cons. 103. Ias in d. l.2. quæst. 24. quia in solutione consideratur etiam honor & recognitio quæ qualitas præponderat quantitati, vt per Bal.in l.ædem col.1.C locati, & in l acceptam C. de vsur.quæst.23. vnde implicat alium pro repugnante recognoscere Bal in d.l. acceptam.

29 Vnde fit quod sola oblatio verbalis facta domino sufficiet cum pecunia in manu vt dixit Alciat. in l si mora ff solut.matrimon. nu. 8. si ille recusauit recipere Ias.in d.l.2.nu.218. Negusan de pignor. 3.membr. 3.part. 5.principal num.3. & in l.qui Romæ num.12.ff.de verbor. Cassaneus cons. 33.& cons 41 & Paris.cons.86. num.6. vol.4. Tiraquell.de retract.conuentio. §.4 gloss.6. num.21. Boer. quæst. 121. num.26.& 28. quia recusante creditore sola verbalis oblatio necessaria est, ex reg.d.l qui Romæ in princip.& cap eum qui de dolo,& contum.cap.1. de eo qui mittitur, gloss.vltim.in cap. pastoralis de officio. ordin Cotta in memorabil. verbo oblatio, Capitius quæst.19.post num.2. Viuius lib.communium verbo oblatio, Gabriel.titul. de solutio conclus. 8. licet Alex. cons. 120.num fin.& Guido q.123.requirant consignationem realem, cum Hypol. singul.479. qui hi authores loquuntur quando quis ex oblatione intendit acquirere ius aliquod aut obligationem quo casu verbalis oblatio non sufficit, vt per Ias in l.si seruus post num.6.ff.de verbor.oblig. secus si intendit se liberare à pœna prout in emphyteuta, prosequitur Negus. 3. part. membr.5. numer.3. vnde si dominus abest requiritur vera consignatio quia non adest dominus qui repugnet, sicque debet accipi Alex. d. cons.120. in fin. Tiraquell. de retract. §. 9. gloss. 3. nu.24.

Obstat tamen adhuc quod emphyteuta ex hac oblatione intendit acquirere purgationem moræ, sed satisfit emphyteutam agere de vitanda pęna commissi, cui inseparabiliter inhæret moræ purgatio.

30 Vnde illa opinio facilius amplectetur ab his qui senserint solam verbalem oblationem impedire cursum vsurarum vt videtur deduci ex l.2. C.de pact inter empror. vbi sola oblatio verbalis sufficit ad lucrandos fructus rei venditæ, ne dum ergo debet operari retentionem eorundem, quia cui damus actionem multo con-

cedimus magis exceptionem. l. cui damus ff. de regul. iur. deinde facit d. l. qui Romæ 122. §. si ea in fine, ibi; *si ea non cessasset ex stipulatione, pecuniam offerre iure vsuras non deberi*, quem textum interpretes violate conantur intelligentes eo casu nondum vsuras currere cæpisse, quod diuinatorium esse constat, alij supplendum dicunt dum ait iure, vt suppleatur exceptionis, cum facilius sit dicere iure, scilicet, ipso vel mero non deberi vsuras: quod etiam videtur probare l. pen. ff. de nautico fænore, ibi, *si per creditorem stetisset quominus accepisset*, per quæ iura labefactatur communis quæ consignationem requirit.

Nec ea opinione retenta obstat d. l. acceptam quia licet Imperator doceat consignatione debitorem liberari, non negat oblationem verbalem sufficere, nec obstat pariter l. si creditrici cui communis innititur Cod. de vsur. quia magis contra communem pugnat, ibi. *vsuras ex eo tempore quo obtulisti præstare non cogeris:* nec obstat tex. in l. tutor pro pupillo 29. ff. de administr. tutor. ibi, *non sufficit obtulisse, nisi deposuerit obsignatam tuto in loco*: quia ille tex. specialiter procedit in tutore respectu pupilli cui pecuniæ soluendæ sunt, ad veniente pubertate, quo casu simplex oblatio, non sufficit, quia pupillus discernere nequit an debuerit illas pecunias recipere, & propterea tutor debet illas consignare, & in loco tuto deponere, vt illis possit cōmodè frui minor, adhibito sui curatoris cōsilio, & authoritate quæ ratio specialis est in minore, ex l si reus paratus ff. de procurator 73. ibi, *pecuniā deponi, hoc enim fit & in pupillaribus pecunijs*, iunct. l. fin. C de vsur. pupill. l ait prætor §. sed si pecuniā ff. de minor. ibi. *sed hodie solet pecunia in ædem sacram deponi*, l. frustra Cod. de administra. tutor. l. ita autem §. si tutor, & l. tutor qui repertorium §. pecuniæ ff. de administr. tutor. Nec aliud probat l. cum quidam §. si pupillo ff. de vsur. vbi debitor absque consignatione excusatur, si minor nō habet curatorem, cuius authoritate possit ei solui, quia ille tex. loquitur in alio debitore extraneo, non in tutore qui tenetur puberem ad iudicium vocare, & monere vt curatorem petat; quam prouinciam alius debitor suscipere non tenetur, Alex cons. 92. volum. 1. num. 9. Aretin. cons. 161. col. 2.

31 Quæ omnia in emphyteuta videntur habere locum non posse si moram purgare vult quia domino nollente recipere tenetur consignare, ex d. l. 2. C. de iur. emph ibi, *hisque consignatis & secundum legem depositis minimè deiectionis timore periculum &c.* pro quo est tex in l si prius 8 C. de distract. pignor. vbi Imperator debitori nolenti vt pignus vendatur, respondit necessariam esse debiti consignationem, ibi, *eoque non acceptante eam deposuisti*, concordat l. 2. C. debitor. vind. pignor. impedir. non posse, ibi, *eoque non a ceptante vt oportet depositum ostendit &c.* l. pen. Cod. deluit pignor. ibi, *etsi non acceperit deposueris consignatum*, d. l. acceptam, ibi, *consignatum in publico depone &c.* l. tutor 18 § 1. ff. administr. tutor, plura citat Tiraq lib. 1. retract. §. 7. gloss. 3. num. 6.

Nisi dicas cum communi emphyteutam offerendo satisfacere vt pœnam euitet, vt dixit Ias. in d. l. 2. num. 219. & ante illum Alexan. cons. 120. lib. 5. num fin. Boerius quæst. 124. nu. 28 & in dict l. 2. & supplendū verbum maxime, quasi dixerit tutum manere emphyteutam maxime si deponat nō negans oblationem solam sufficere, quando debitor solum agit de se excusando, licet Ias. vbi supra contra communem teneat esse speciale in emphyteuta vt deponere teneatur cuius specialitatis rationem assignat, quia cum consolidatum sit, vtrunque domi

dominium quia res facile redit ad suā naturam, ideo requiritur vt deponat.

32 Vnde illa oblatio seu consignatio debet fieri de integra pensione alias nō releuat, Angel. in l. acceptam notab. 2. Cod. de vsuris. l. quandiu ff. de distract. pignor & in l. obsignatione Codic. de solutio. ibi, *totius pecuniæ*, facit gloss & tradita per Doctores in auth. qui rem Cod. de sacros. eccles. Tiraquell. libr. 2 retract. §. 4 gloss 6. numer 23. contrarium obseruat Riminal. cons 74 libr. 1. num. 2. & Bald. in l. ædem Cod. locati, & in l. pro hæreditarijs Codic. de hæreditar. actio. quos ibi consule, semper intellige hāc oblationem faciendam congruo loco & tempore, Ias. in d. l. qui Romæ nu. 19. Roland. cons. 35. num. 40. volum. 1. & debet offerri ei qui debitum recipere potest, l. si reus ff. de procurator. Tiraquell. libr. 1. retract. §. 1. gloss 13. num. 29 & §. 9. gloss. 3. num. 4. vbi à num. 7. agit an fiat procuratori. vnde emphyteuta minoris non habentis tutorem aut curatorem excusatur à commisso quia non tenetur offerre vel soluere, l. cum quidam §. in pupillo ff de vsur. commendat Aretin. cons. 161. col. 2. Alexan. cons. 92. libr. 1. colum. 4. Decius cons. 166, secundum quod est intelligendus tex. in l. 4. §. fin. ff de lege commissor. vt non inducat necessitatem, sed magis facti contingentiam referat, nulla enim protestatio debitoris necessaria est, ante moram commissam, Tiraquell. lib. 1. retract. §. 1 gloss 13. num. 21.

33 Quod semper declarabitur quando dominus non habeat iustam causam non recipiendi veluti si offeratur post tempus elapsum, solutioni præfixum, Roland. cons 53. numer 38. vnde illa oblatio semel facta suum operatur effectum irreuocabilem ita vt si dominus postea petat, & ipse soluere recuset adhuc liberabitur, Ias in l. non vtique §. fin, nu. 5. ff. de eo quod certo loco, & sic debet intelligi quod idem Ias. tenuit in l. quidam existimauerunt post. num 2. ff. si cert petat. Boer. d. decis. 124. num. 30. Quæ omnia etiam declarabis procedere in oblatione extraiudiciali, iudicialis namque à venditore neglecta vicem depositionis habet, & liberationem producit Capitius quæst. 16. num. fin. Ias in l. qui Romæ ff. de verbor. oblig. num. 16. & in l. interdum §. 1. ad finem eod titul. cuius autem periculo pereat consignata pecunia, Tiraquell. libr. 2 retract § 4 gloss. 6. nu. 34.

Ex quibus suprapositis multa dubia quæ in processu agitabantur decisa fuerunt, & quia Rea sæpius interpellata pensionem non soluerit per plures annos vltra triennium licet aliquam partem pensionum non integratum soluerit, aliquorum annorū ex quo se excusabat, & solutiones obtulisse procuratori domini, imò & sine culpa constitutum à se procuratorem aliorum annorum solutiones non obtulisse, cum tamen constitisset omnia esse in contrarium nec purgationis moræ locum esse in hoc casu, Ream condemnauimus vt rem liberam domino dimitteret cum fructibus tamen á lite contestata, vel quia pæna non incurrebatur ipso iure, vel quia si ipso iure incurrebatur quousque dominus declarauit se velle vti iure commissi titulo possidebat, quod resoluitur lata sententia quoad ius, & manente possessione, & titulo nondum annullato cum causis amittendi emphyteusim valde dubijs non inducebatur mala fides ex qua fructibus perceptis priuari potuisset, nec aliud probat Dominus pater meus 4. part. de extinctione cap. 18. numer. 8. vbi pluribus citatis comprobat emphyteutam cadentem in commissum fructus non facere suos à principio, quia quæ ibi dicit procedunt in alienatione in qua

diuersa est ratio ab omissione solutionis pensionis vt supra tetigimus quo casu multæ excusationes considerari possunt quæ bonam fidem non excludant quod secus est in alienatione citra domini consensum contra expressam legem contractus, qui dum alienat, & tradit scienter facit domino irrequisito, quare inter vtrumque casum quo ad hoc non leuis est differentia: quia qui alienat desinit fructus colligere, & à titulo quo possidebat destitit, nec fructus facit suos, quod idem obtinet in nouo possessore qui cum titulo nullo possidet respectu domini, licet valeat respectu alienantis vt caducitatem incurrat, atque illos fructus à nemine acquisitos dominus lucratur, at vero quando omisit soluere titulus non cessauit, & illi delicto potest emphyteuta quinquennio præscribere. l. 2. Codic de vectigal. & commiss. Alexan in addit. ad Bart. in l. firma §. fin ff de censibus, & cons. 105. volum. 4 potest ergo adhuc durare bona fides in possessore vt fructus faciat suos etiamsi actionis extinctio cum mala fide non daretur, faciunt quæ Caldas Pereira d. cap. 18. num. 9. & seqq.



SVM-

SVMMARIA.

1 EX suo contractu Princeps naturaliter ligatur.
Ratio naturalis est supra Principem.ibi.
2 Differentia est constituenda inter legem,& contractum.
Lex nullo modo Principem ligare potest.ibi.
3 In contractibus aliter dicendum est.
Ponderatur cap.1.de probatio.ibi.
Princeps ligatur ex additione hæreditatis.ibi.
Ponderatur l.bene à Zenone C.de quadriennij præscriptione.ibi.
4 Opinio Decij refertur quod naturalis obligatio in principe producit ciuilem obligationem.
5 Princeps suo contractu etiam ciuiliter ligatur.
Princeps contrahendo se facit hominem.ibi.
Ponderatur Ordin, lib.1.titul.99. in fine.ibi.
Si princeps non obligaretur ciuiliter retorqueretur in eius damnum.ibi.
6 Generalis donatio omnia includit quæ possunt comprehendi.
7 Donationes à se factas Princeps non potest reuocare.
Ordin.lib.1. titul.98. non procedit in officijs emptis.ibi.
8 Si subsit causa reuocare poterit.
9 Interpretatio non datur nisi vbi dantur verba obscura.
Declaratio non fit à successore sed ab ipso concedente. ibi.
10 Princeps limitat suas donationes data causa.
11 Princeps limitat & reuocat etiam ex interuallo.
12 Dolum committit reuocando donationem ob benemerita vel ob seruitia etiam futura.
Princeps potest vti bonis subditorum in bonum commune.ibi.
13 Quid in contractu celebrato cum extero.
Donatio facta non subdito etiam subest reuocationi si legitima causa subsit.ibi.
14 In donationibus iurium regalium quid de iure communi & Regio.
15 Aliqua sunt regalia quæ nullo modo concedi valent.

cipem ligari ex additione hæreditatis statuitur quæ obligatio ciuilis est, §. hæres instit de obligat. quæ ex quasi contract. Bart. receptus in l. ex hoc iure nu.17.ff.de iustitia. facit l.bene à Zenone C. de quadriennij præscriptione vbi ex contractu contra principem agitur quod fieri non poterat ex naturali obligatione quæ ad agendum est inefficax l. iuris gentium.§. sed cum nulla ff.de pact.

4 Nec obstabit si cum Decio in d.cap.1.num.3. Padilla in l.interpositas,vers.tamen si, Menchaca vbi supra dicamus quod hæc naturalis obligatio in principe habet hoc peculiare vt ex illa possit agi ciuiliter sumpto argum.ex tex.in l. eleganter §.seruus ff.de dolo: non enim potest hoc iure communi attento sustineri quia si actioni naturali tribuamus effectus ciuiles, potius illa obligatio ciuilis nuncupari debet, cum in eo essentialiter defferat vtraque actio quod ex hac non potest in iudicio agi,quia inefficax,ex illa vero agi potest vt inuitus quis obligetur stare in iudicio, & parere iudicatis per coactionem.

5 Atque ideo ab hac opinione recedit Gomez in d.cap.1. Menchaca illustrium cap.45.num.14. Bero.in d. cap.1.de probatio.nu. 10. vbi num. 12. satisfacit ad §.cum seruus.Ex his ergo manet verius esse Principem suo cõtractu, & ciuiliter obligari vt veriorem dixit Bald. in l. Princeps ff. de legib. Fulgos.in d.l.digna vox,.Felin. in d cap.1. de probatio.nu.3. Roman. conf.352.nu 24.Decius conf.286.n.7. Gama decis.335.num.Roland.conf 13. libr. 3. numer.4. Bursatus conf.15. & conf.160. Mencha vbi supra num 14. idem Roland.conf.1.nu.28.& conf 66. nu.35.lib.2. & conf 69.num.17. lib.4. dicit communem Peres in d.l.3. col. vlt. Castaldus de Imperatore q. 116. Soares alleg.10.nu.2. Menoc.conf.331. nu.64.Morla in empor. 1.p. tit.1.q.1.à nu.10. in cuius confirmationem ponderabam Ordinationẽ d.libr.2. tit.35. §.21.ibi, *quizer a elle someter &c.* plane princeps dum cum subdito contrahit ex propria voluntate se legibus submittit remittens ius illud singulare de quo in d l. princeps, vt per Innoc. in cap.innotuit de elect. Alexan. in l. quanquam nu.2. C. de testam. milit. Cephalus conf.342.nu.99. & iure priuati vtitur vt seruetur inter eum, & subditos ius cõmune sicut alias Deus de seipso ait Quod contrahit ad imaginem hominis paciscentis cum homine,adeo enim in contractibus æqualitatis ratio habenda est,vt nulla inter cõtrahentes inæqualitas reperi possit quin summa consideretur iniquitas quæ tyranidem haud dubie omnino sapiet, sicque status Regiæ coronæ,& Reip.expedit ex Bald.in d l. ex imperfecto,Paulo in d.l.princeps n.4.Soares d.nu.2.Roland.d.conf.66.nu.37.lib.2. & conf.45.num.14.lib.3.quod suadent verba Ordinationum libr.1.tit.12.§.1. ibi,*citação que em nosso nome*,& ibi,*ou ellas contra nos*, & titul.99.in fin ab speciali, ibi,*obrigação algũa assi no foro da consciencia como no iudicial para por isso auerem de demandar nosso procurador &c.*

Alias enim in regni preiudicium vergeret, & principis quorum sæpe interest pro occurrentibus necessitatibus mutuum à subditis accipere vel super publicis vectigalibus cõtrahere l.Cæsar ff. de publican. nisi ciuiliter obligaretur vix esset qui cum illo cõtraheret,qua consideratione posse ciuiliter obligari potius in ipsius fauorẽ quam præiud cium tendit, cuius rei argumento idem in minore tacite hypothecante res in domo locata inuictas prosequitur Dñs pater meus ad l.si curatorem verbo cum non absimilis nu.35.& 39.& verbo læsis nu.37.& facit per arg. tex. in l. quod si minor 21.§.1.vers.ne magno.ff.de minor.

6 In secunda quæstione an contractus & donationes à se factas princeps reuocare aut moderari possit.

Multa in huius donationis interpretatione considerabant prudentissimi iudices: primo in eius fauorem quod erat concepta per verba generalia quæ generalitas omnia includit l.Iullianus in princ.l. cum quis decedens §.fin. ff.de leg. 3. & habetur ac si omnes species essent expressæ Glos. verbo expressæ in cap. susceptum de rescrip in 6.Bart cons.216.num.7 Decius cons.382.col fin. Oldrad.cōs.307. quem sequitur Rubeus cons.135.num. 3. Surdus cons.140.num.66. lib.1. vbi concludit quod verba vniuersalia priuilegij debent omnia comprahendere quæ intra verborum proprietatem cōtineri possunt late Cabed. decis. 95. 2.part.num.8.

7 Adhuc tamen superest vt videamus an potuerit Princeps illi donationi detrahere eamque reuocare in ea parte in qua ita expediat fieri. Et notissimi iuris est quod Princeps mutare aut reuocare nequit contractum cum subdito innitum, vel conditiones inserere inuito contrahente, ex reg l. perfecta donatio C.de donatio quæ sub modo, Doctor.communiter in d. l. digna vox, Menchaca vbi supra cap.26 num.16. Cephalus cons. 342 num.97. Roland. cons 25. libr.3. num.35. Sicut alias reuocare non potest priuilegia quæ in naturam & vim contractus transeunt pro quibus pecunia intercessit, vel quando ob seruitia, & merita collata sunt argum. tex. in cap. 1. de noua for. fide lit. in fæud. resoluit Bart. in l quod semel ff. de decret. & in l 2 num.fin. ff de iur. immunit Pinel.in rub de rescindend. 1.part. cap. 2.ad fin. Valasc. cons. 52. num 5.

Vnde Ordinatio libr. 1. titul. 98. non procedit in officijs pro pecunia emptis, vel in compensationem meritorum, & seruitiorum cōcessis quotum probatio non requiritur sufficit enim sola Regis acceptio concedentis sicut nec oportet quod seruitia sint æquiualentia, Valasc.vbi supra n.6.

8 Supradicta tamen limitanda sunt quando legitima subsit causa limitandi, vel interpretandi, vel quando verba non sint clara indigeantque explicatione, & declaratione, his enim casibus perfectas donationes, vel contractus princeps limitat reuocat aut dissoluit dūmodo Rex alia via parti satisfaciat resoluit Pinel in l.1 3 part.n 62. illatione 16 C. de bon. matet.late Matienç l.11.titul.7. Glos. 9.num 3. lib 5. & deducitur ex tex in l qui fundos.C.omni agro de ser.lib. 11 quem sic intelligit Pallatius multos citans in rub.§.69 num.13. Tiraq. de pænis in præfatio nu 41. & alij vt per Molin.lib.4. cap. 3 num.16. facit Ord lib.2.titul.35. vbi limitantur donationes à Regibus factæ etiam in seruitiorum remunerationem, Valasc. cons.132. num.15. Afflict. in cap 1. de successio fæud.lib.1.num.25.Menoch. d.cons.331.num.101. Peregrin de iure fisci fol 42. num.3. Auendan.in l 40. Taur.gloss.2.nu 77.

9 Adhuc tamen obstabit si consideremus quod in donatione de qua agebatur non erant verba ambigua nec obscura, sed admodum clara quo dato non declaratio dici debet sed destructio & reuocatio. l.continuus §. cum ita ff de verborum. Bart.in l hæredes § si quid post nu. 4.ff.de testam. Gabriel. conclus 3. num 63. Bursatus cons 339.num. 26.lib 3. Menoch cons. 501.num. 23.lib 6 & d cons 331 num. 100 libr.4. vbi impugnat declarationem factam in præiudicium Comitis Galeoti Secund oquod hæc declaratio à successore fieri nō potest, sed à proprio Principe cum quo contrahitur ex Menoch d cons 331 num 102. adeo vt requiratur quod fiat in continenti non

non ex interuallo, ex eodem Menoc. n.103 & conſ 501.n.25.lib.6. vbi ſic reſoluit iudicatum à Philippo II. ſuper maioratu de Palma.

10 Sed reſpondetur quod dũmodo ſubſit cauſa ſemper principi licet ſuas limitare donationes in quibus à iure ea ineſt conditio vt durent niſi aliter Principi ex iuſtis rationibus videatur, quod ſine dubio obtinebit in hoc caſu in quo obligatio Principis concepta fuit non per contractum ſed per Regiũ dipploma in quo ipſe Rex donans elargitur, ſeq; ex ſua liberalitate obligat ſine interuentu alterius contrahentis, ſeu ſtipulantis quibus terminis non conueniunt ea quæ Menoch. d.conſ.331. quia ibi agebatur de feudi inueſtitura reuocanda, in qua interceſsit dominus,& vaſſalus, vterq; ſe obligando, vbi Menochius conſiderat ſtipulationem, & acceptationem interceſsiſſe nu 97.

11 Ad aliud vero quod debuit reuocatio fieri in continenti,reſpõdetur quod illud procedit in priuatis, ex l. iuris gentium §. quin imò ff. de pact. non vero in Principe qui ſemper limitat corrigit,& emendat ea quæ donat ſi cauſa boni communis vel alia ſimilis vrgeat, & poteſt reſtitui ſi læſus fuerit in donando citra modum, & in præiudicium Regiæ coronæ Barbo. in l. ſi quia à n.90. Et quia in reuocandis ſeu limitandis regijs donationibus, & cõtractibus plures caſus accidere poſſunt ſub diſtinctione ſequenti rem demonſtrandam duxi, quod vel donatio vel cõtractus celebratus fuit cũ ſubdito,vel cũ extero. Deinde cum ſubdito vel in materia iuriſdictionis Regiæ vel in alijs iuribus regalibus ad Regiam coronam pertinentibus.

12 Primo caſu,ſine dubio procedit regula ſuprapoſita vt Princeps poſsit reſtringere limitare ſeu conditiones adijcere contractui, à ſe celebrato, ex ratione tex.in d.l.qui fundos,nõ tamẽ ita abſolute vt illud libere efficere poſſit quia vel donatio fiat ob benemerita,quo caſu plenã ſecuritatẽ conſequitur,ex Meno.d.cõſ.331 n.66.vel ſit ſimplex donatio ob ſeruitia tamẽ futura; ex quibus Princeps aliquod cõmodũ ſuſcepit quod recipiat perpetuam cõmenſurationẽ cũ re cõceſſa,vtrq; ſẽper Princeps reuocãdo dolũ cõmittet niſi ex publica cauſa fiat,Meno. vbi ſup.n. 75.& 83.Soar.de legib.lib.8.c.23.n.22. qua ſuggerẽte hæc reuocatio ſeu limitatio admitti poteſt,ex ea ratione quia Principi licet vti bonis ſubditorũ in bonũ cõmune. c.quæ cõtra mores. 8. diſt.l.Lucius ff.de euictio.l itẽ is §.1.ff. de rei vind.arg.l.quod ſemel ff.de reg. iur.ibi niſi ex cauſa obſeruant Doct. vt per Gabriel concl.5,n 42.Roland cõſ. 66.n.24. Pinel.in d.l.1.3.p.nu.62.illat. 17.verſ.Ego, Nauar.in c.ſi quando exceptione 13.verſ ad quartũ, vbi agit de gratijs & facultatibus quæ interueniente cõpoſitione cõcedi ſolent,& ex noua cauſa reuocari,de quo Caſſador. deciſ.1.de pact.n.vlt Mandozi.in reg. 13 q.vlt.Puteus lib.1.deciſ.52. ſequitur Pallat in d.rub. § 69. à nu.13. Soar.de legib.lib.8 c.37. nu 9. vbi tenet quod hoc caſu debet fieri recõpẽſatio rei receptæ cũ ex tit oneroſo ius quæſitũ ſit.

13 In ſecundo caſu,quãdo cõtractus celebratus eſt cũ extero,& nõ ſubdito, cõtractus omnino manet irreuocabilis.quia eo caſu Princeps iure priuati vti cenſetur,etiãquoad poteſtatẽ reuocandi, Doct.cõmuniter in c. nouit de iudic.vbi Panor.n.23.Dec 14.Felin 8. & in c.1. de probatio.n. 2. Hoſtienſ in sũma tit.de immunit.eccleſ § ſed nec ille,Pelagius de plantu eccleſ.li 1.c 44. Matien.lib.5. recop tit.10.l.7.gl.1 n.4. Gabr.lib 3 de iur.quæſito cõcl 6.n.20. Meno cõſ 331.n.78 quæ quidẽ obligatio eandẽ irreuocabilitatẽ erga ei⁹ ſucceſſores inducit,quia æq; procedit ratio in ſucceſſore.ac in ipſo cõcedente; cũ nec ſucceſſor poſsit priuare nõ ſubditũ iure ſuo,aliãs enim nulla pacta cũ principib⁹ eſſẽt perpetuã,nec firma,q̃ eſt contra

est contra ius gentium, & cõtra fidem humanam, quæ in principum contractibus magis prælucere debet, verum ego existimo quod etiã contractus vel donatio ex causa onerosa extero facta reuocationi subest, quando subsit publica causa, & ratio boni communis, qua supposita illud à principio concedi non posset, cum nulla dispar ratio sit inter subditum, & exterum cum vterque videatur recipere ea conditione inserta nisi ipse concedens vel successor ex mutatione causarum mutauerit, limitauerit, vel reuocauerit, quando talis cõcessio incipiat esse iniqua vel iniusta, quæ conditio cũ insit ea cessante cessat obligatio seruandi pactum, potiusque dici poterit declaratio seu resolutio quam reuocatio, sicque exploditur sententia Menoch. vbi supra nu. 81. qui tantũ permittit reuocationẽ quãdo cõcessio est realis, & ratione rei exterus subditus manet, quia eadem subiectio vtroque casu est.

In tertio casu, quando contractus celebratus est super materia iurisdictionis nunquã cum Principe irreuocabiliter cõtrahitur si credimus Felin. in cap. nouit de iud. nu. 8. limit. 1. adeo vt nulla causa videatur esse necessaria ad validitatẽ reuocationis Cabed. decis. 19. 2. part. nu. 8.

14 In vltimo tandem casu, circa bonorum seu iurium regalium donationes inter ius commune, & Regium aliqua reperitur differentia: nã licet de iure cõmuni excepta suprema potestate reliqua iura quæ principi reseruantur in signum dignitatis & prærogatiuæ, cuiusmodi est legitimatio, & tabellionum creatio & similia de quibus in cap. 1. quæ sint regalia, & in cap. quoad translationem, vbi glos. de offi. de leg. Valasc. q. 8. n. 32 concedi possint, & alienari, sicut & merum, & mixtum Imperium, glos. verbo iurisdictionẽ in fin. in auth. de defensorib. § nulla. Bart. vbi additio in l. 1. § vlt. nu. 5. ff. de aq. pluuia, cõmunis vt per Ias. in l. Imperium n. 20. Bernar. vbi addit. reg. 397. Peres ad l. 6 tit. 13 lib. 3 ordin. Atq; id eo præscribi possint saltem immemoriali præscriptione vt per Padilla in l. 2. C. de seruit. nu. 29 licet Valasc. vbi sup. senserit hæc reseruata præscribi nõ posse in hoc regno ex prohibitione Ordin. libr. 2. tit. 45 § 10 & fin. de quo latius diximus in nostro libell. de Armonia aduersariorum iuris Regij.

15 Tamen aliqua sunt bona regalia in quorũ alienatione lex Regia induxit ne censeantur concessa ex virtute clausularũ quantumcunq; exuberantium nisi de illis fiat indiuidua, & specifica mentio vt in decimis nouis piscium, venis metallorũ, de quibus Cab. decis. 55. 2. p. atque in his immemorialem præscriptionẽ prohibuit. In gazis Regijs, & gabellis cautũ etiã reperitur quod etiã facta speciali horũ iurium mentione donationes Regiæ inualidę iudicentur quasi alienum sit à mente Principis hæc iura cõcessisse vt habet Regia Ord. lib. 2. tit. 28 in princ. & §. 1.

Vnde ad propositũ inferendo quãdo talia donentur postquã Regiæ coronæ incorporata sint, iustissime Reges vel donatio ex causa onerosa fiat, vel gratuita, possunt tales donationes infringere, quia cũ illa cõcessio à lege improbata sit, & cõsensus concedentis abesse cẽseatur nõ reuocatio dici potest, sed potius declaratio, eleganter Soares de legibus lib. 8. c. 37 n. 3 ad fin.

Ex quibus sapiẽtissimis placuit Senatoribus quod cũ in præsenti casu donatio Principis ex causa onerosa processerit ob futura seruitia regi, eiusq; coronæ exhibita cũ ampli patrimonij iactura ipsius subditi, atq; ex eo clausulæ generales d. donationis debebãt in ampla forma accipi ex reg. decet li. 6 explicat Palla d. § 69 nu. 13. maximè quando nulla lex Regia impedit illius donationis validitatem.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Post primam diuisionem non potest à sequëtibus successoribus exigi præ tiũ meliorationũ.*
Debet vitari processus in infinitum. ibi.
Quando res est perpetuo mansura apud successores tunc repeti possũt melioramenta aliàs secus.
Qui primus soluit expensas obligationem soluit quoad omnes. ibi.
2 *Impensæ semper debent pertinere ad hæredes ex pendentis.*
Lex Tauri quæ contrarium statuit iniqua est. ibi.
Obligatio est realis & dignitatem obligat. ibi.
3 *In hoc regno aliud obseruatur.*
4 *Successor ea conditione censetur inuitatus vt meliorationes exoluat.*
5 *Hæres succedens vltimo possessori maioratus non confundit debita realia.*
Interpretata l. debitor ff. ad Trebell. ibi.

DECISIO C.XXI.

An melioramenta facta in rebus maioratus ab omni possessore peti possint, ad Ordinationem lib. 4. titul. 97. §. 23.

1. Agebat Emmanuel Correa de la Cerda contra dominũ Rodericum de Castro pro melioramentis factis in maioratu, quem ipse possidebat ex sententia habita contra vxorẽ dicti Actoris, de quo supra egimus. Reus se defendebat inter alia ex eo fundamento quod vxor Actoris carebat actione ad repetendum quod in d. meliorationibus expensum erat, quia cum ex primo matrimonio filiã suscepisset hæc maioratus possessionem ingressa est, & tempore morte mariti diuisio facta est, & illa melioramenta fuerunt Actrici assignata facta diuisione inter eam, & filiam, quæ cum postea occubuisset maioratus successio delata est ad Reum à quo dictorum melioramentorum æstimatio petitur, & licet dici posset quod dicta melioramenta matri assignata sicut à filia solui debuissent, sic pariter solui debent à Reo

à Reo eius immediato successore in maioratu, tamẽ replicabatur quod semel facta diuisione cessat melioramentorum repetitio à successoribus, & insuper quod mortua filia mater Actrix ei successit, & actio confusa fuit, hæc agitabantur in processu, & ex hac hypothesi duo discutienda proponebantur. Primũ, an melioramenta facta in re subiecta restitutioni semel facta diuisione, & ab vno ex successoribus soluta an amplius peti valeant à sequentibus. Secundo, an succedente matre filiæ in hoc casu manserit confusa actio; & quoad primum videtur dicendum quod post primam diuisionem, non potest in sequentibus successoribus de his melioramentis repetẽdis agi, quia in prima diuisionẽ extinguitur actio ex reg. c.1. §. è contratio de inuestitura, de re alien. vbi Bal. nu 3. Aluarot. in cap.1. §. si quis de manso de controuers. inuestitu cap. 1. §. si vassalus hic finitur lex Pallat. in rub. §. 62. num. 16. Gregor in l. 2. tit. 15. part. 2. verbo sino el hijo, & in l. 41. tit. 28. part. 3. verbo que le descuente, Molin. lib. 1 cap. 26. num. 11. Valasc. q. 25. num. 29. Gutierr. lib. 3. c. 70. nu. 22. ne admittamus posse cõpetere actionem contra hæredem, & vlteriores hæredes ne detur processus in infinitum quia non datur maior ratio in vno successore quam in alio, & infinitas vitari debet, l. fideicommissa § qui decem ff. de legat 3. Garcia de expens. cap. 13. num. 44. Barbosa in l. diuortio §. fin. num 114. ne detur multiplicatio fictionum de hærede in hæredem, ex his quæ Riminal. conf 23. num. 260. cum hæres primus & hæres hæredis differant in substantia, Cephalus cõs. 717 numer. 15. in additio ad Magon. decis. 75. Lucensi quem sensum in emphyteusi meliorata sequitur Regia Ordinat. libr. 4. titul. 97. §. 23. explicat Cabedus decis. 111. 2 parr. nu 7. Gama decis. 310. numer 7. & apud Hispanos deciditur lege Tauri 46 qua statutũ est, ne hæredibus impendentis hæ expensæ soluantur. Gomez ibi numer 6. Molin lib. 1 de primo cap. 26. num. 3. Menchaca de successio creation § 5. num 17 Pinel. de bon. mater. 2. part. num. 71. vers ego autem, Garcia c. 13. num. 43. in fine Pro qua opinione inter alia Molin. considerat quod tunc demum tenetur successor soluere expensas quando res illa ab ipso peruenire debet ad successorem, & eius hæredes in perpetuum sicque procedere l domos ff. de leg. 1 & l. diuortio § fin. ff solut. matrimon. secus autem esse in maioratu qui restituitur successori ad eius vitam tantum cum onere restituendi, refert Barbosa vbi supra num. 113. Deinde ea opinio coadiuuatur si consideremus quod vbi primum semel expensæ solutæ sunt à primo successore nihil à sequenti amplius repeti potest, l. pen ff de impens. quia cum ipse obligationem non cõtraxerit, sed dissoluerit illa obligatio manet penitus extincta in persona sequentium, nec amplius reuiuiscit. l. qui res § aream. ff de solutio. tenetur namque successor in maioratũ meliorato, eam obligationem dissoluere cap. 1. de solutio. & eo soluente ex necessitate legis vt acquirat, & amplioribus reditibus fruatur videtur sub ea conditione vocatus, vt soluat prius melioramenta, quibus maioratus reditus augentur sicque tacite intelligendum est testatorem sensisse qui si interrogatus esset ita respõderet cum cedat in augmentum maioratus

2 Obstat tamen quod expensæ & melioramenta semper pertinent ad hæredes meliorantis d. l. domos l. vbi purè 19 §. fin ff ad Trebell d l diuortio § fin ff solut matrimo. receptum dicit Pinel. in d 2. part num. 72. Valasc. q. 25 num. 19. nec inter maioratum, & fideicommissum differentiæ ratio assignari potest, Peralta in l. 3. §. fin n 9. in fine

in fine ff de hæred.instit Couar.libr.1. resolutio.c.15.num.14. Padilla in rub. num.7.C.de fidei. Costa de successione regni fol.7 & 61. & in §. cum in bello ad fin nu.13. Molin libr.1. cap.1. num.14.& libr 3. cap.11.nu.14 & apud nos probat Regia Ordinat. lib.4 titul. 95. § 1. dum vxori permittit in possessione bonorum maioratus manere ratione meliorationum cum tamen in hoc regno in sequentem successorem possessio à lege non transferatur, explicat Valasc. d.quæst. 25. à num.22. Gama decis. 333. Caldas Pereira de emptione cap.27.num.23.& 35. idem Gama decis. 96. Menoch remed. 15. recup num.609.idem Valasc.de partitionibus cap.6 num.31. quare illa lex Tauri quæ contrarium statuit iniqua reputatur, ex Palla. de donatio inter vir.§.62.num 16. Couar de sponsalib. 2.part.cap.7. §.1.nu.21. Barbosa d.nu. 113. nec videntur obstare posse superius considerata quia si ad infinitatem exactionis attendimus, ea vtique multoties cessabit quoties namque successor sit hæres prædecessoris dabitur actionis ad repetendum contusio,& cessabit repetitio, ex reg l.si debitori C de pact.l.3.C.de fideicommis. nec pariter obstabit quod tunc datur repetitio quando res in totum restituitur non vero ad vitam tantum fruenda, quia hoc ad summum euincit in hoc casu non dari æqualem rationem illi, in quo res perpetuo fruitura traditur sed non euincit in hoc casu non dari sufficientes rationes vt expensæ factæ exolui debeant, ex reg. l.in fundo ff. de rei vindic. l vitium ff. de impensis. l. si seruos 23. ff de pigno.actio. l. sed an vltro §. 1. ff. de negot. gest. cum & impensæ sine incommodo solui possint vel eas abradendo sine damno maioratus si id fieri possit d.l.in fundo, vel ex reditibus maioratus paulatim solui poterunt argum. Ordinat libr.4 titul.101. & licet replicari possit quod impendens non solum negotium illius sequentis fecit sed omnium post eum, & iniuste videtur grauari vt ipse solus soluat quod in fauorem omnium factum extitit cum potius pro sua parte teneri debuisset, tamen satisfit quod licet omnium sequentium negotium fiat, id tamen fit suo ordine vt primus sub ea conditione admittatur si satisfaciat integras impensas à successore recuperaturus, Valasc vbi supra num.16. Menoch ex num 557. Nec tandem obstabit quod qui nomine sequentium soluit nihil amplius à sequentibus exposcit quia extincta mansit illa obligatio,& dissoluta quæ non reuiuiscit, princ. instit. quibus modis tollitur oblig. quia satisfit quod qui expendit meliorando maioratum cum illud tendat ad maioratus perpetuitatem, & vtilitatem ipsum maioratum obligat, quasi nomine maioratus debitum contractum sit, cap.1. de solutio. Peralta in l. 3. §. fin. num 131. ff. de hæred. instit. sicut ergo succedens in maioratu illud debitum reale tenetur exoluere, quod maioratui inhæret & dignitati, sic pariter qui soluit dum dignitatem de obligat, & ipsam sibi obligat, argum.l. soluendo ff de negot.gest. nec restituit nisi præstita cautione de melioramentis soluendis Valasc. de partitio. cap 6. num 23 & sic qui succedit pariter illi tenetur talem meliorationem soluere æstimatam pro eo tempore quo maioratum accepit à manu prædecessoris, nisi sit hæres ipsius, d.l domos ff de legat.1. Valasc de partitio d cap.6.num 24. licet videatur quod licet hæres sit conseruetur hæc actio illæsa cum à primo non ab vltimo capiat, & in successore maioratus dentur diuersi respectus qua successor,& qua hæres defuncti, faciunt quæ Valasc de parti c 26 nu 23.

3 Verum his non obstantibus

 nec

nec prima nec secunda opinio praxi huius regni recipitur secundum quã postquam semel hæ meliorationes soluuntur à primo successore quoad sequentes repeti non possunt, argum. Ordinat. d. titul. 97. §. 23. ex his quæ Cabedus decis. 111. numer. 7. Gama decis. 78. & 310. num. 7. Molin. Theologus disputat. 446. tractat. 2. cuius rei videtur esse ratio quam supra tetigimus quod hic successor ea conditione censetur admissus si melioramenta soluat, & cum primum illam obligationem dissoluit, ea nõ reuiuiscit in sequentibus. Barbosa vbi supra d. num. 115. Cabedus d num. 7. nec congrua differentiæ ratio assignari potest inter emphyteusim, & maioratum, quare vtroque casu idem obseruãdum est.

4. Quare cum in nostro casu Actrici in diuisione essent assignata melioramenta pro exoluendis defuncti debitis, & legatis, & ipsam soluisse constitisset immerito negabat Reus melioramentorum æstimationem eo quod semel facta fuisset diuisio, quia ordinatio solum prohibet ne bis in collationem seu diuisionẽ deducantur, supponens quod eorum æstimatio soluta est semel, dum ergo nõ sunt soluta à quocunque possessore repeti possunt cum ex melioramentis obligatio realis insurgat quæ inhæret dignitati, & maioratui, & succedens in ea consideratur tanquam hæres, & vt talis cogitur soluere cap. 1. de solutio Oldrad cons. 149. num. 1. Alciat. respons. 38. num. 3. quæ iura pro hac parte citat Barbosa vbi supra num. 114.

5 Obstabat tamen adhuc illud quod in secunda quæstone discutiendum reseruauimus quod mater hæres filiæ extiterit, & sic videbatur confusa actio quia ex bonis filiæ debebat accipere æstimationem meliorationum, & sibi soluere, confusio enim habetur pro compensatione vel pro solutione cedit, l. si ei cui vendidi §. penult. ff de euictio. l. si id quod ff. de liber. legat. l. debitori, l. Vranius ff. de fideiuss. l. Stichum. §. additio. ff de solutio quæ confusio per additionem contingit, d. §. additio. late Surdus decis 224. num. 12. & decis. 322. numer. 5. & 6. Cuiat ad Africanum in l. hæres §. quod si stipulator ff. de fideiuss. 2. tom. fol fol. 2008. lit. E. & eod. tract. ad l frater à fratre fol. 2088. litera E. Donelus in titulum Codic. de hæred. instit. fol 386. Barbosa in l. si cum dotem § si pater num. 18. & in l. quæ dotis in princip ff. solut. matrimon. idem Donelus in l. si debitori Cod de pact. fol. 44. Verũ adhuc verius est non æquiparati confusionem solutioni quia hæc tollit omnem obligationem etiã realem, & pignoris. At vero confusio tollit obligationem personalem non vero realem qualis est pignoris, l. debitor ff ad Trebell. hæc enim non aliter confunditur quam si eius rei quæ pignori data est creditor dominium obtineat, l. penult. ff. de executio. rei iudic. Inde fit quod licet adeunte fideiussore hæreditatẽ, rei principalis vel è contra confundatur obligatio fideiussoris, tam primi quam secundi, pignus tamen quod is dedit, manet l. cum quis §. vltim. ff. de solutio, & obligatio naturalis propter pignus, l. in omnibus ff de solutio. Deinde si soluerit vnus ex reis debendi, alter liberatur, l. 2. ff. de duobus reis, si tamen vni ex reis debendi creditor hæres extiterit, alter non liberatur, quia confusione, persona tantum obligationi eximitur, non res omnis soluitur, dict. l. Vranius ff de fideiuss. Item solutio fideiussoris liberat reum omnino à creditore si tam fideiussor creditoris vel creditor fideiussoris hæres sit, fideiussor solus liberatur non vero Reus, d l. Vranius §. quod si creditor l. hæres §. vlt. eod. titul.

Ex

Ex quibus fit quod cum ratione meliorationum realis inducta sit obligatio adita hæreditate filiæ, solum confusæ sunt actiones personales non vero realis, d.l.debitor ff. ad Trebell. maxime quia constabat quod tempore matrimonij contracti Actrici maritus hypothecauerat pro arrhis promissis ipsa meliotamenta quæ in maioratu fecerat, & vxorem non probabatur filiæ hæredem extitisse nec aliqua bona ad eam peruenisse, quare non erat dubium ius hypothecæ conseruasse sicque senatus censuit.

SVMMARIA.

1 *Ocato filio aut filia seniori semper masculus præferendus.*

Proximior est masculus. ibi.

Idem est etiamsi filius sit secund matrimonij.ibi.

2 *Appellatione filij venit filius secundi matrimonij.*

3 *Sententia contra proximiorem lata descendentes ab eo excludit.*

DECISIO C.XXII.

*An quando vocatur ad maioratus filius aut filia præferatur masculus ex secundo matrimonio filiæ seniori ex primo, ad Ord. lib.4.tit.*100.§.1.

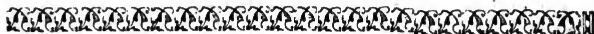
1 Rancifcus de Crasto agebat contra Ferdinandum Dias da Mata super maioratus successione, verba institutionis hæc sunt, *E morto o ditto Lopo sem filho ou filha fiquem a seu hirmão mais velho, & andem por linha no mais velho.* Primo vocatus ex primo matrimonio filiam, ex secundo filium suscepit, inter quos cum moueretur quæstio in senatu olim pro filia iudicatum fuit: modo quidam descendens ab excluso per sententiam, decedente vltimo possessore sine filijs procurat admitti, & sic circa duo controuertebatur, an filius ex secundo matrimonio esset præferendus filiæ ex primo, secundo an descendens ab excluso per sententiam antiquam quæstionem instaurare seu refricare posit, & quoad primum masculum etiam iuniorem sequi, succedendi ius nemo ambigit, cum

sexus sit vnum ex illis primis elementis quibus in maioratibus succeditur linea gradus sexus ætas, adeo vt non consideretur gradus nisi in linea sexus, nisi in gradu, ætas, nisi in sexu. Inde fit quod masculus iunior præcedit Ordinat. libr. 4 titul. 100. §. 1. Caldas Pereira de nomin. quæst 17. num. 36. Mantica de coniectur. libr. 8. titul. 12. num 8. Menoch. consl. 435. à num. 14. Molin. disputat 615. Gomes l. 40. Taur. á num 62. Valasc. de parti. cap. 4. num. 6. Molin. de primog. lib. 3. cap 4. ex numer. 4. vbi refert dictum Pauli consl 164. num. 18. quod in maioratus successione fæmina redigitur ad instar secundi gradus, masculo eiusdem lineæ & gradus existente, faciunt quæ idem D. Caldas Pereira de nomin. quæst. 14. à num. 1. & quæst. 17. à num. 36. Spinus in speculo gloss. 19. nu 85. Aluarad. de coniecturat lib. 2. cap. 3. §. 4. num. 51. Valasc. in l. 40. gloss. 9 num. 75. Azeuedus in l. 5. titul. 7. num. 6. libr. 5. recopilat. Gutierr. lib. 2. practicar. quæst. 87. num. 4. quare masculo non nocebit licet ex secundo matrimonio procreatus sit, ex his quæ Gregor. 2. part. titul. 15. l. 2. gloss. verbo sino el fijo: quia in concessione facta alicui, & eius filijs non solum veniunt filij primi matrimonij, sed & secundi, ex Ioann. Andr. in addit. ad Specul. in Rubr. de testamen. in 1 add. vers. occurrit. Bald. in auth. qui rem Cod. de sacrosl. eccles. Bald. in l. 1. Cod. de priuil. dot. idem D. Caldas Pereira de nomin. quæst 15 à num. 25. & 26. Nec pariter obstabunt quæ sapientissimus Doctor Gama & longo æuo memorandus pro filia seniori refert iudicatum decis. 51. 59 129. 337. & in casu notabili 388. quia illa omnia placuerunt veteri, & antiquatæ iuris prudentiæ, hodie aliud sequendum est visa forma legis Regiæ quæ contrariam opinionem vt receptiorem delegit.

2 Nec obstat quod appellatione filij veniunt etiam filiæ. l. iusta ff. de verbor. signi. quia illud fit ex interpratatione notat ibi Gloss. Bartol. & Alciat. in l. liberorum num. 10. vers. contrarium illo titulo. l cum in adoptiuis § quæ in filio Codic de adoptio. ibi, *quæ in filio diximus hæc in filia extendimus*, Tiraquell de retract. § 1. gloss. 9. ex num. 131. Peregrin. de fideicommiss. articul. 25. num. 4 & 5. vbi dicit communem Valasc. consl. 140. numer. 12. Vnde interpratatio per extensionem non potest fieri ad exclusionem masculi, quia verba potius propriè debent intelligi, l. filio ff. de liber. & posthum & fuit Bald. in l. quoties Codic. de rei vindic. sequitur Aretin. consl. 162. vers. hoc probatur, quia extensio cessat cum tertij præiudicio, l. denique ff. ex quibus caus. maior. Bart. in l. si quis pro emptore ff. de vsucapio. maxime in materiæ quæ magis conuenit masculis, Peregrin. vbi supra num. 46. atque ex his Flores contra Gamam dict. decis 51. & 339. dixit & ita iudicari in Regno Castellæ Gomes d. l. 40. num. 62. Caldas Pereira d. quæst. 24. numer. 12. pro quo est tex. in cap 1. § quin & Episcopus vel Abb. in fæudis, & fuit doctrina Alexan. in l. gallus §. etiam si ff. de liber. & posthum. quod hæc alternatiua, *filho ou filha*, denotat ordinem.

8 In secunda quæstione an agenti obstaret sententia per antiquos patres lata, illud videbatur dicendum quod illa sententia nocuit, & litigantibus, & his qui ab illis causam habere noscuntur, notat Bart in l si superatus ff. de pignor. & in l si non sortem §. si certum ff. de condict. indebit. late prosequitur Cuia. 4 tomo libr. 11. respons. Papiniani ad l. iudicatæ §. si debitor ff. de exceptio rei iudic. fol. mihi 1166. & obseruatio libro duodecim. capit. 25. ad l. sæpe. ff de re iudic.

re iudic. Gregor. in l.10 tit.26. part.4. vbi gloss.3. col.2. Pinel. in Auth.nisi nu.52.& 3.part.l.1. nu.49. citato Bart. in l.ex contractu ff. de re iudic. Molin. de primogen.lib.4.cap.8.nu.3. Tiraq. de primo quæst.35. num. 17. Xuares allegat.27.num.3. Couar. practic.cap. 13.num.6.in fine, Simancas de primogen lib.4. cap.23. idem Tiraquell. de nobilitat.quæst.37.num.2. vnde cum ille prædecessor exclusus perpetuo sit exclusus, & qui ab eo prognati sunt tanquam à radice infecta perpetuo censentur exclusi, respectu descendentium ab illo qui se, & successores suos perpetuo inclusit, vnde solum illis deficientibus possent admitti quasi remoto impedimento, ex Bart. in l.2.§. videndum num.2 ff ad Tertul.& in l. liberorum num.14. ff.de verbor.signi. Tiraquell. de primo quæst. 12. Palat. in repet. rub. de donatio.inter virum §.23.num.14. Gomes l.40. Taur.num. 31.Gregor.in l.3.tit.13 part.6.vbi gloss. verbo mugeres, Molin. de primo lib. 3.cap.5. nu.41. Ex quibus sententiam confirmauimus quæ agentem repellebat quem vis antiquæ sententia reddebat inhabilem ad agendum, licet de iure ipsius satis liqueret sic confirmata sententia Præsidis. Scriba Francisco d'Azeuedo.



SVMMARIA.

1 *AN maritus possit emphytensim donare vxore inconsulta.*
Maritus generale mandatum habens alienat immobilia.ibi.
2 *Liber consensus qualis sit.*
3 *Expressus qualis sit.*
Consensus collectus ex tempore an sit expressus.ibi.
Consensus ex tempore collectus, excluditur à lege Regia.ibi.
Tempore probari potest si allegetur intercessisse in scriptura, & hoc probetur tempore.ibi.
4 *Si vxor absit vel furiosa sit quid faciendum.*
5 *Contractus sine consensu vxoris contra maritum valet.*
6 *Consensus vxoris suppletur à iudice, non tamen suppletur si velit approbare.*
7 *Consensus in scriptis qualis sit.*
Consensus vxoris an probetur per testes intra summam legis Regiæ: ibi.
8 *Donatio immobilium marito denegata est.*
Maritus libere non donat nec ad pia.ibi.
9 *Maritus solus non potest nominare ad emphyteusim.*
10 *Quando donat emphyteusim reseruatis fructibus.*
11 *Ille cui donatur emphyteusis censetur nominatus.*

sexus sit vnum ex illis primis elementis quibus in maioratibus succeditur linea gradus sexus ætas, adeo vt non consideretur gradus nisi in linea sexus, nisi in gradu, ætas, nisi in sexu. Inde fit quod masculus iunior præcedit Ordinat. libr. 4 titul. 100. §. 1. Caldas Pereira de nomin. quæst 17. num. 36. Mantica de coniectur. libr 8. titul. 12. num 8. Menoch. consf. 435. à num. 14. Molin. disputat 625. Gomes l. 40. Taur. á num 62. Valasc. de parti. cap. 4. num. 6. Molin. de primog. lib. 3. cap 4. ex numer. 4. vbi refert dictum Pauli consf 164. num. 18. quod in maioratus successione fæmina redigitur ad instar secundi gradus, masculo eiusdem lineæ & gradus existente, faciunt quæ idem D. Caldas Pereira de nomin. quæst. 14 à num. 1. & quæst. 17. à num. 36. Spinus in speculo gloss. 19. nu 85. Aluarad. de coniecturat lib. 2. cap. 3. §. 4. num. 51. Valasc. in l. 40. gloss. 9 num. 75. Azeuedus in l. 5. titul. 7. num. 6. libr 5. recopilat Gutierr. lib. 2. practicar. quæst. 87. num. 4. quare masculo non nocebit licet ex secundo matrimonio procreatus sit, ex his quæ Gregor. 2. part. titul. 15. l. 2. gloss. verbo fino el fijo: quia in concessione facta alicui, & eius filijs non solum veniunt filij primi matrimonij, sed & secundi, ex Ioann. Andr. in addit. ad Specul. in Rubr. de testamen. in 1 add. vers occurrit, Bald. in auth. qui rem Cod. de sacros. eccles. Bald. in l 1. Cod. de priuil. dot. idem D. Caldas Pereira de nomin. quæst 15 à num. 25. & 26. Nec pariter obstabunt quæ sapientissimus Doctor Gama & longo æuo memorandus pro filia seniori refert iudicatum decis. 51. 59 129. 337. & in casu notabili 388. quia illa omnia placuerunt veteri, & antiquatæ iuris prudentiæ, hodie aliud sequendum est visa forma legis Regiæ quæ contrariam opinionem vt receptiorem de legit.

7 Nec obstat quod appellatione filij veniunt etiam filiæ. l. iusta ff. de verbor. signi. quia illud fit ex interpretatione notat ibi Gloss. Bartol. & Alciat. in l. liberorum num. 10. vers. contrarium illo titulo. l cum in adoptiuis § quæ in filio Codic de adoptio. ibi, *quæ in filio diximus hæc in filia extendimus*, Tiraquell de retract. § 1 gloss. 9. ex num. 131. Peregrin. de fideicommiss. articul. 25. num. 4 & 5. vbi dicit communem Valasc consf. 140 numer. 12. Vnde interpretatio per extensionem non potest fieri ad exclusionem masculi, quia verba potius propriè debent intelligi, l. filio ff. de liber. & posthum & fuit Bald. in l. quoties Codic. de rei vindic. sequitur Aretin. consf. 162. vers hoc probatur, quia extensio cessat cum tertij præiudicio, l. denique ff. ex quibus caus. maior. Bart. in l. si quis pro emptore ff. de vsucapio. maxime in materiæ quæ magis conuenit masculis, Peregrin. vbi supra num. 46. atque ex his Flores contra Gamam dict. decis 51. & 339. dixit & ita iudicari in Regno Castellæ Gomes d. l. 40. num. 62. Caldas Pereira d. quæst. 24. numer. 12. pro quo est tex. in cap 1. § quin & Episcopus vel Abb. in fæudis, & fuit doctrina Alexan. in l. gallus §. etiam si ff. de liber. & posthum. quod hæc alternatiua, *filho ou filha*, denotat ordinem.

8 In secunda quæstione an agenti obstaret sententia per antiquos patres lata, illud videbatur dicendum quod illa sententia nocuit, & litigantibus, & his qui ab illis causam habere noscuntur, notat Bart in l si superatus ff. de pignor. & in l si non sortem §. si certum ff. de condict. indebit. late prosequitur Cuia. 4 tomo libr. 11. respons. Papiniani ad l. iudicatæ §. si debitor ff. de exceptio rei iudic. fol. mihi 1166. & obseruatio libro duodecim. capit. 25. ad l. sæpe. ff de re iudic.

re iudic. Gregor. in l.10 tit.26. part.4. vbi gloss.3. col.2. Pinel. in Auth.nisi nu.52.& 3.part.l.1. nu.49. citato Bart. in l.ex contractu ff.de re iudic.Molin. de primogen.lib.4.cap.8.nu.3. Tiraq. de primo quæst.35. num. 17. Xuares allegat.27.num.3. Couar. practic.cap. 13.num.6.in fine, Simancas de primogen lib.4. cap.23. idem Tiraquell. de nobilitat.quæst.37.num.2. vnde cum ille prædecessor exclusus perpetuo sit exclusus, & qui ab eo prognati sunt tanquam à radice infecta perpetuo censentur exclusi, respectu descendentium ab illo qui se, & successores suos perpetuo inclusit, vnde solum illis deficientibus possent admitti quasi remoto impedimento, ex Bart. in l.2.§. videndum num.2 ff ad Tertul.& in l. liberorum num.14. ff.de verbor.signi. Tiraquell. de primo quæst. 12. Palat. in repet. rub. de donatio.inter virum §.23.num.14. Gomes l.40. Taur.num. 31.Gregor.in l.3.tit.13 part.6.vbi gloss. verbo mugeres, Molin. de primo lib. 3.cap.5. nu.41. Ex quibus sententiam confirmauimus quæ agentem repellebat quem vis antiquæ sententia reddebat inhabilem ad agendum, licet de iure ipsius satis liqueret sic confirmata sententia Præsidis. Scriba Francisco d'Azeuedo.



SVMMARIA.

1 *AN maritus possit emphytensim donare vxore inconsulta.*

Maritus generale mandatum habens alienat immobilia.ibi.

2 *Liber consensus qualis sit.*

3 *Expressus qualis sit.*

Consensus collectus ex tempore an sit expressus.ibi.

Consensus ex tempore collectus, excluditur à lege Regia.ibi.

Tempore probari potest si allegetur intercessisse in scriptura, & hoc probetur tempore.ibi.

4 *Si vxor absit vel furiosa sit quid faciendum.*

5 *Contractus sine consensu vxoris contra maritum valet.*

6 *Consensus vxoris suppletur à iudice, non tamen suppletur si velit approbare.*

7 *Consensus in scriptis qualis sit.*

Consensus vxoris an probetur per testes intra summam legis Regiæ: ibi.

8 *Donatio immobilium marito denegata est.*

Maritus libere non donat nec ad pia.ibi.

9 *Maritus solus non potest nominare ad emphyteusim.*

10 *Quando donat emphyteusim reseruatis fructibus.*

11 *Ille cui donatur emphyteusis censetur nominatus.*

DECISIO C.XXIII.

An maritus donare possit emphyteusim inconsulta vxore reseruando tamen vsumfructum in vita, ad Ordinationem libr.4. titul.48.



N processu agitato inter Dominicũ Pacheco, contra Hieronymum Rosem, proponebat Actor rei vindicationem contra Reum pro emphyteusi sibi donata, á quodam coniugato, sine interuentu vxoris reseruato vsufructu in vita donantis, quo mortuo vxor occupauit possessionem, & arguebat donationis nullitatem actoremque non esse audiendum cum donatio sit celebrata inter viuos vt ex verbis ipsius colligebatur, ibi, *E façāo della tudo o que quizerem &c.* quare licet donatio illa concepta in tempus matrimonij dissoluti valere potuisset, l. in tempus ff. de hæred. instit, Tiraquell de constit. 3. part. limit. 2. num. 3. & de primogen. quæst. 40 nu. 178. quia paria sunt fieri actum tempore habili, vel in tempus habile conferri, Valasc. 1. tom. conf. 77. nu. 3. Barbosa in l. 1. 4. part. num. 95. ff. solut. matrimon. Tiraquell. post leges connubial gloss. 8. num. 291. Tamen cum donatio sit inter viuos quæ suos tempore inhabili producit effectus l. perfecta donatio C. de dona. quæ sub mod. merito inualida iudicanda erat, & ipsa tanquam mariti hæres pro secunda vita erat habenda.

1 Quare huius processus quæstio quæ non leuis extitit duo exposcebat primum an maritus coniuge inconsulta possit emphyteusim suam alteri in vita donare, sine consensu vxoris, reseruatis fructibus ipsius: secundo an donatario competat rei vindicatio pro re donata assequenda, quoad primum est Ordinatio Regia libr. 4 titul. 48. quæ omnem rei immobilis alienationem citra vxoris consensum prohibet, quasi requiratur pro forma, & consumatione actus, vt per Doctores in l. si quis mihi bona §. iussum ff. de acq hæred. & in cap. consuetudinis de consuetudine. Mysinger decis. Imperial. cent. 2. quæst. 34. Bal. in l. 1. C. qui admitti num. 45. & in l. vxor Cod. de condit. insert. Tiraq. in leges connubial l 16 gloss. 6 nu. 3. vers. consentiunt, Gabriel conf. 2 nu. 2.

Consensus autem vtriusque coniugis non æqualis est conditio, quia consensus mariti respectu contractus vxoris, requiritur ad integrandam personam ipsius, & debet interuenire in eodem actu, ante vel incontinenti sicque procedit Bald. in d. l. 1. & in d. l. vxor, Tiraq. & reliqui supracitati consensus autem vxoris in contractu viri requiritur in fauorem eius qui consentit, & sufficit quod ex interuallo intercedat, doctores in l. transactionem C de transactio l 1. §. fuit quæsitum ff. ad Trebel. Alex. in d. §. iussum n. 10. Ias. 45. Bart 5. Gabriel vbi sup. n. 5. & 6. Pallaci. in rubr. §. 68. num. 29. Gomes l. Tauri 45. n. 6. Socin. conf. 15. num.

num.41 libr.1. Doctores in l.2.§. voluntate ff. sol. matri. & posse vxoris consensum à parte ante vel post adhiberi probat l.fin.§. filijs autem C. de bon quæ liber.si consideramus quod ibi patris consensus requiritur ad integrandam personam filij vt in l 1. ff. de autor.tutor.Imol.Alex & Socin.in d § fuit quæsitum. Curtius Iun.cons. 152.num.5.& nihilominus quia simul agitur de præiudicio patris,dicitur requiri consensus non authoritas, glos. in d § filijs.Barr.in l.si quis in tantam C. vnde vi num.12.& potest pater talem consensum ante actum gestum præstare,& per verba generalia, quãuis non dicat sic vel sic donet, Socin.post Bald.cons.112. lib.2. Decius cons.245.& 279.col.pen.& in marito voluit Bald cons.6.lib.2. Ias.cons 69. col 1.lib.1. Tiraq d. Glos. 8.num. 123. Ex quo in hoc regno recte praxis admisit posse maritum ex generali mandato immobilia ista vendere,licet non sit expressum in mandato cui personæ, vel quo prætio,ex Bald.d.cons.6.lib.2. Gabriel d cons.2.à num.19.non tamen sufficit mandatum generale ad vendendum quæcunque bona nisi fiat immobilium mentio, vt per Ias.in l.1. § itẽ acquirimus ff.de acq poss. Alex. cons.179.num.7.vol.7.licet aliter sentiat Socin. in. d. §. item acquirimus num.18.

Et quia hic consensus vxoris tres debet habere conditiones vt sit liber, expressus, & in scriptis, de singulis sigillatim agam.

Liber.

2 Liber oportet sit consensus vxoris non per metum extortus, quia minis elicitus vxori non nocebit,quãuis emptor contendat probare liberum extitisse, quoniam id allegans nõ auditur, ex Hypol.in praxi §.expedita nu.20.& singul.325. vbi dicit metum non purgari quandiu maritus viuit, Deci & Cagnol. in regul. in omnibus causis de reg iur.lib.6 ille nu.6 hic 8. Afflict.quæst.246 & 393.nu.9.Rebuf. 2.tom.ad leges gal. fol.296. numer.6. durat enim cum marito causa, Crotus in l.stipulario hoc modo num. 72. ff. de verbor. oblig. Roland. cons.2. post num.88. protestatioque vxoris licet omnino non probet non parum iuuat quia similibus protestationibus leges Regiæ plurimum deferunt lib.3 titul. 78.§ 5.& 7.& titul.91.in prĩc & titul. 17.§.7.& titul 54.§.16.& lib 4.titul 51. §.2.& eod.lib.titul.99.§.fin.nec requiritur vt intimetur marito ob metum probabilum,ex Corras.d l.si tam nu 9. ff.de serui. fol.248. citat l fin.C.de his quæ per metum, & notatur in cap.fin. de appell & in l qui in aliena §.fin ff. de acq hæred. Bertrandus cons.1.libr. 1. num.24.

Expressus.

3 Secunda conditio consensus à lege Regia requisiti est, vt sit expressus ibi, *consentimento expresso &c.* quare non sufficit præsentia cum taciturnitate, Peres ad leges ordin.fol.80. Viui. libr. commun. verbum statutum fol. 125.fall.10. allegatio enim taciti cõsẽsus ex hac lege inter ẽluditur. Couar. lib.3.resol c.15.num.4.Gomes l.Tauri 54.num.5.vnde cauendum est à Bald. in l.is qui hæres § neque,& ibi Ias.ff de acquir.hæred dum dicit quod sufficit quod vxor fuerit præsens tempore cõtractus, quasi sufficiat hoc casu quod per æquipollens fiat prout per multa iura resoluit Tiraq ad leges conubial. Glos 7. num.14. Afflict quæst 44. nu. 15.vbi resoluit hoc verbum expressum non excludere hunc consensum probatum per indicia, & coniecturas, & in terminis citata nostra ordinatione

Barbosa in l. 2. §. fin nu. 31. ff sol. matri. sentiens expressum dici consensum collectum ex diuturnitate temporis cum Decio cons. 409. num. 4. Ruin. cons. 11. num. 6. lib. 4. idem sentit Gama decis. 51. num 9. & decis. 144. & 168. & 270 quia habet eosdem effectus collectus ex tempore ac ex publica scriptura, ex Bald in l. 1 C. de fideicommiss. num. 18. Cassan. in consuetudin. rub. 4. §. 7. num. 11. Barbosa l. 2. §. fin. ff. sol. matr. num. 30. Gama decis. 51. num. 9. & 44 168 & 270. Verum ego in terminis nostræ Ordinationis eorum sententiam non audeo probare, quia dum prohibet alienationem, sine expresso consensu vxoris, comprætendit temporis cursum. Quare hoc ita explicari debet vt nequeat ex tempore induci consensus qui debet in actu intercedere expressus, & in scriptis vt lex ipsa Regia requirit sed quod allegata publica scriptura in qua consensus dicitur præstitus si instrumentum non appareat tempore probetur, quia cum instrumentum ipsum alienationis excludat præsumptionem cum ex eo non constet Glos. in l. fin. C. de reb. credit Valasc. cons. 162. num. fin. Ias. in l. 1. num. 18 ff de noui oper, vtique tempus non debet allegari vt ex ipso consensus inducatur, sed vt ex ipso probetur instrumentũ intercessisse sicut alias quæ sine titulo quæri non possunt l. 3. § ductus aquæ ff de aqua quotidian. allegatur titulus habilis, & tempore immemoriali probatur, non tamen dicendum est hanc solemnitatem vt extrinsecam tempore induci, & probari posse, vt sensit doctissimus Gama decis 48, num. 3. & 99. num. 2. 342. num. 1. doctores in cap. peruenit de emptione, quia hæc solemnitas est formalis, & præstiti consensus allegatio ex inspectione scripturæ eliditur Mascard. conclus. 1140. num. 25. & 136. num. 33. Menoch. lib. 3 præsump. 132. Gabriel lib. 1. de presumpt. concl. 1. num. 57.

4 Quod si vxor absit vel furiosa sit cum his casibus expressus non possit dari consensus, videtur quod solus maritus contrahit, Glos. in l. 59. Tauri. Benincas. in § omnium instit. de actio num. 422. vbi ponit exemplum in muliere quæ consanguineos habet inhabiles sine quibus contrahere non potest, Bald. & Alex. in l. transactionem C. de transactio. Viuius lib. commun. verbo statutum fol. 125. fall. 12. Menoc. lib. 2. sent. cas. 212. & probatur in l. 2. §. fin ff de solut. matri. ibi, *quasi ex voluntate filiæ patrem experiri videri si filiam furiosam habeat, sed nec hoc casu de iure Regio omitti posse consensum verius censeo, quia à lege Regia modus quo suppleri debeat assignatur additio iudice vel Principe*, Ord. lib. 3. titul. 47. §. fin & titul. 63. §. 4. & lib. 4. titul. 12. argumento l. profectitia ff. de ritu nuptiarum, ibi, *præsidem decreuisse*, l. 1. C. de nuptijs, ibi, *arbitrium præsidis prouinciæ*, Bald. & communis in l. in copulandis ff. eod. Soares titul. de las deudas num. 19. Barbosa in l. 2. §. fin. num. 26. ff. sol. matri Tiraq post leges cõnubiales Glos 8. num. 20. Castillo ad l. 55 Taur. n. 60. de quo est l. 57. Tauri Gomes in l. 54 num. 2. Matienço l. 2. Glos. 1. titul. 3. lib 5. Sicque cauendum est ab Hypol. in l. 1. §. præterea ff. de quæstio. num. 128. vbi tenet absentis vxoris consensum non requirendum, & ab Aymon. idem sentiente cons. 13. num. 14.

5 Vnde licet contractus sine consensu expresso in scriptis sit nullus in fauorem vxoris dicendum est contra maritum valere, sicut in emphyteuta alienante domino irrequisito resoluit Caldas Pereira de extinctione c. 17. n. 1. recte poterit vxor contractũ in vito marito approbare quem ea in vita ipse fecit, sed tunc non alienat sed consentit alienationi præcedenti, Tiraq ad leges cõnubial. gloss. 8. nu. 91. & est bonus tex. in l. si iudex circunuento 43. ff. de minor. ibi, *nec conqueri potest debitor,*

cum

cũ ea causa sit, in qua ipse se cõstituit, & eo casu valebit prout ex tunc, & à principio cũ illa cõditio sit resolutiua, quod est vtile si vxor prætẽdat fructus medij temporis quia cedunt emptori.

6 Illud tamen non omittam quod licet vxoris absentis vel nolentis consentire sine causa, suppleatur cõsensus à iudice, tamẽ si nolit impugnare imò cõtractui acquiescat, marito petẽte vt reuocet hic consensus non potest à iudice suppleri, licet è conuerso consensus mariti posśit suppleri, si ipsa vult agere, & maritus nõ vult authoritatem præstare, quæ omnia ex ipsa ordinatione deducuntur licet aliter videatur sentire Tiraq. d. Glos. 6. num. 16.

In scriptis.

7 Hæc solemnitas licet extrinseca ex vi decreti irritantis annullat Gama decis. 290. Valasc. cons. 34. num. 3. & quæstione 7. num. 6. Ord. lib. 4. titul. 19. §. 2. Caldas Pereira 3. part. cap. 7. num. 20. Menoch. de arbitrar cas. 48. cent. 1. num. 6. quia tamen hæc lex debet stricte interpretari ex his quæ Surdus decis. 43. num. 4. non debet excludere partis confessionem quia ex eadem lege Regia vbi scriptura desideratur admittitur partis confessio lib 3. titul. 59. §. 5. & titul. 52. §. 3. & lib. 4. titul. 19. §. 2. Surdus cons. 24. num. 1. Morla in præmis. ad titul. de fide instrum. num. 24. sicut alias si fiat contractus in actis publicis quia habẽt vim publicæ scripturæ Gama decis. 300. num. 1. Ord lib. 4 titul. 102. non sine lite est an quando consensus per scripturam publicam probandus est sufficiat scriptura priuata, nobilis cuius scriptis creditur vt publicis ex Ord. lib. 3. titul. 59. §. 15. & titul. 25 in prin. ibi, *tanta se como scriptura publica*, Valasc. quæst. 7. num. 25. Cabed. decis. 139. num. 3, & decis. 28. & 33. Gama decis. 73. num. 3 & decis. 139. ad idem Ord. lib. 4. titul. 33. § fin. quare videtur quod si maritus eo casu per priuatam scripturam contraxit, vxoris consensus pariter admitti posśit, secus si per scripturam publicam contraxit, ex ratione Ord lib. 3. titul. 59 §. 12. quid autem an liceat consensum vxoris probare per testes intra summam lege Regia permissam sine scriptis contrahere lib. 3. titul. 59 & videtur quod hæc Ord. est generalis, & restringi debet per aliam lib. 4 titul. 48. quæ inter coniugatos specialiter disponit ne immobilia sine scriptura alienentur quare nulla summa etiam minima excluditur titul. 48. ibi, *que o marido naõ possa alhear bens alguns de raiz &c.* sed verius puto quod etiam coniugatis permissum est intra illam summa contrahere sine scriptura, atque ita consensus probari poterit tam viri quam vxoris sine dicta scriptura.

8 Ex his fundamentis ad nostrum casum proprius accedentes videtur quod sicut alienatio interdicta est marito circa immobilia, pariter & donatio cum eadem sit prohibitionis ratio, aliqui remuneratoriam permittunt quia desinit esse donatio l. donari ff. de reg. iur. Pinel. de bon. mater. 3 part nu. 59. Palat. in rub § 50. limit. 2. Tiraq. in l. si tanquam verbo donatione num. 28. verum obstat ordinatio lib 4. titul. 64. vbi marito remuneratoriam solum in mobilibus permittit, & etiã mobiliũ si magna sit donatio iubet vt matrimonio soluto imputetur in sortem viri amplexa opinionem Ancharrani cons. 102 qui tenet tales donationis valere, Gomes l 50. Tauri. num. 73. Pyrrus de societate inter vir. & vxorem §. 2. fol. 126. hoc tamen ad paruas donationes lex Regia restringit quia etiã si maritus generale mandatum habeat non extenditur ad libere donandum l. filiusfam. 7. ff. de donatio. Palla. in rub. §. 66. num. 29. Menchaca lib. 1. forensium

forensium cap. 13. in princ. Baeça de non meliorandis filiabus. c. 11. num. 24. Vnde nec ad pia libere donat quia prohibitus alienare nec ad pia alienat cap. ad hæc de testam. Nauar. in manu c. 17. num. 163. sic pariter nec seruum communem manumittit, quamuis huiusmodi donatio pia sit, l. 1. C. commun. ser. manumiss. Tiraq. in leges connub. Glos 8. num. 166. facit l. dotalem seruum cum lege sequenti ff. sol. matri donatio tamen admittenda videtur ex cōditione patrisfamilias si illa manumissio non æstimetur vt immensa donatio.

9 Statim subsequitur quod videtur quod nec solus nominare possit ad emphyteusim in vita quia etiamsi dicamus marito licere nominare post mortem suam quia confertur in tempus soluti matrimonij, & prohibitionis argum. Ord. lib. 4. 97. §. fin. vbi nominationem expresse probat, tamen inter viuos nullo modo alienatio permissa est sine vxore, quare circa hoc sunt tres casus considerandi. Primus quando vxor est vita in emphyteusi quia tunc maritus nec in vita nec post mortem suam nominare potest, Ord lib. 4. titul. 95. §. 1. ibi, *ou de em pagamento em que à molher naõ fosse nomeada*, Valasc. consf. 111. & de parti c. 25. Secundus casus est quando ipse dominus in emphyteusi est, nec ad eā vxor vocata est in qua solum post mortem disponit non inter viuos, Meneses in l. post mortem C. de fidei num. 22. quia alienando nocet vsufructui vxoris, & obstat lex Regia d. titul. 48. ibi, *vsufructo somente &c.*

10 Tertius est casus quando donat in vita emphyteusim reseruatis tamen fructibus vt illæsus sit vsusfructus vxoris in vita sua, & licet videatur quod nec hæc donatio valeat quia alienatur proprietas rei quæ villiorem eam reddit, & nocet vxori aliquo modo Soares allegat. 20. col. 4. in medio fol. mihi. 71. tamē existimo talem donationē sustineri posse quando fiat reseruatis fructibus ex his quæ Meneses d. num. 22. vbi agit de possessore restituente maioratum sequenti quia illa alienatio non est propria alienatio cum fiat cum fructuum reseruatione, sicut alias ex veriori sententia si pater donat vni ex filijs emphyteusim in vita reseruato vsufructu illius æstimatio non confertur sic explicata Ord. lib 4. titul 97. § 22 ex his quæ d. Caldas Pereira de nomina. quæst. 18. à num. 3. quem sequitur Valasc. de parti. c. 13 à num. 126. & 133. Pariter in bonis Cappellæ quæ secundum legem Regiam lib. 1. tit. 62. §. 46. debent in emphyteusim concedi, ad tales concessiones vxoris consensus exigendus non est, ex regul. l. qui potest inuitis ff. de reg. iur. Vnde apparet quod si maritus inconsulta vxore donet emphyteusim vxor solum erit audienda pro fructibus recuperandis, quia illa donatio simpliciter facta cum translatione iuris, & reseruatione vsusfructus de se inducit nominationem post mortem D. Caldas Pereira de nomi. quæst 1. num. 8. ad fin.

11 In secunda quæstione in innitio proposita ex suprapositis patet resolutio, quod cum donatarius post mortem donantis censeatur nominatus ad emphyteusim, non potest ambigi nominato ad emphyteusim competere rei vindicationem quia licet primæ vitæ in inuestitura ante traditionem non censeatur dominium acquisitū, tamen reliquis successoribus nominatis durante inuestitura dominium ex sola nominatione acquiritur, & competit rei vindicatio, quia traditio facta primo censetur etiam facta sequentibus argum. l. 2. C. de acquir. posses. Tellius in l. 27. Taur. nu. 2. tradit Imola ex facto § si quis rogatus ff. ad Trebel. col. 3. Cabed in bonis Regiæ Coronæ 2. part. decis. 8. num. 7.

Costa

Costa de successione regni fol. 146. Valasc. de partitio cap. 30. num. 24. & cap. 31. num. 10. D. Caldas Pereira de nomi. quæst. 9. num. 13 & quæst. 10. nu. fin idem Valasc cons. 102. num. 25.

Atque ex his sententiam confirmauimus admissa rei vindicatione quia donatio facta subit vim nominationis, & mero iure valet etiam ipsa inconsulta quælibet immobilium donatio quia pendet à declaratione vxoris si velit rescindere seu annullare, nec alius nisi ipsa ipsiusque hæredes opponunt Ord. d titul. 48. §. 3 Gama decis. 42. num. 2. maxime quia non est vera alienatio donatio emphyteusis in vita si reseruantur fructus ipsius: scriba Ludouico Lopez.



SVMMARIA.



1 *Vsusfructus formalis est seruitus personalis.*

2 *Vsusfructus dupliciter conceditur, vel ad vitam vsufructuarij, vel concedentis.*

Mortis causa donatio donatario decedente in vita expirat secus in vsufructu.

Interpretata l. fin. ff. de donatio caus. mort. ibi.

Donatio causa mortis cedit à morte testatoris legati vero ab apertis tabulis. ibi.

3 *Vsusfructus ad vitam concedentis, durat in vita hæredis.*

4 *Interpretata l. necessario §. vltim. ff. de pericul. & commod. rei vend.*

5 *Differentia est inter commoditatem, & vsumfructum.*

DECI-

DECISIO C.XXIIII.

An vsusfructus concessus ad vitam donantis mortuo vsufructuario expiret.


Imeon Fernandez Riacho agebat contra Ludouicum de Euora eo quod P. absens apud Indos, tempore discessus prædecessori Rei cuius ipse Reus hæres erat reliquerat vsumfructum bonorum quæ in hoc regno habebat in vita sua, qui vsufructuarius vsufructu potitus quandiu vixit, tandem obijt eius hæres rerum possessionem accepit intelligẽs vsumfructum continuari in hæredem, curator vero bonorum absentis vsumfructum expirasse dicebat ex regula generali de qua in §. finitur instit. de vsufructu late Menoch lib 4. præsumptione 142. Cou. lib. 2. resolut. c. 2. à prin. Barbosa in l. vsufructu nu 7. sol. matr. Tiraq. le mort. 3. part. declarat. 1. vbi ait quod vsufructuarius se constituit possessorem quo ad viuit nomine proprietarij, late Cuiac. 2 tom tract. 3. ad Afrincan ad l si filius ff. de mortis causa donat. fol. mihi 1888. Iudex sententiam protulit contra Reum filium donatarij de lata re ad senatum; distinguendum placuit quod vsusfructus duobus modis potest constitui, vel ad vitam vsufructuarij cui conceditur vsusfructus, vel ad vitam ipsius dantis vel constituentis, veluti si quis concipiat donationem illis verbis quoad vixeris, vel quoad vixero. Primo casu vsusfructus non egreditur vitam illius cui conceditur iuxta vulgare regulas, quia vsusfructus formalis separatus à proprietate est seruitus personalis l. 1. ff. de vsufruct. l. quod nostrum eod. & ob id cum persona extinguitur l. corruptionem C. de vsufruct. nec ad alium potest porrigi, adeo vt etiam stipulatus pro se, & hærede cum persona primi extinguatur licet in persona sequentis nouus ex stipulatione vsusfructus constituatur, l. stipulatio § sed etsi quis ff de verbor. obligat. l. qui vsumfructum § 1. ff de vsufructu, vnde si de consensu domini vsufructuarius in alium cedat, eo casu fingitur prius domino traditus, & breui manu per dominum de nouo constitutus in persona cessionarij d. l. quod nostrum Barbosa in l. vsufructu. num. 1. Couar. lib. 1. resol. cap 8. nu 7. Tiraq. lib 1. retract § 26. Glos. 1 num. 43. Pinel. in l. 1. C. de bon. matern. 3. part. num 39 qui iuribus in contrarium respondent.

2 In secundo autem casu dum cõceditur ad vitam concedentis si donatarius in vita donantis decedat, ad ipsius hæredes porrigitur quia cum vita concedentis sit terminus à concedente designatus, dum ipse viuit, vsusfructus & donatario, & hæredi concessus videtur, argum. l. fin. Cod. de vsufructu. ibi, *vsumfructum apud eum remanere etiam post patris calamitatem oportet*, cum plerumque verisimile sit, testantem contemplatione magis filij, quam patris, vsumfructum ei reliquisse, est enim verisimile eum qui vsumfructum ad vitam suam constituit eo animo fecisse vt protendatur ad hæredem quousque donans vixerit,

rit, ne illa expressio vitæ suæ intelligatur otiosa, dato enim simpliciter vsufructu sine dubio est morte vsufructuarij finiri, d. §. finitur., vt ergo illa expressio aliquid immutet, verisimile est intelligamus vsumfructum ad hæredem transire, vel pariter constitui in persona hæredis, & vtriusque causa constitutum. Vnde apparet quæ sit differentia inter donationem causa mortis, & vsumfructum quod illa mortuo seruo vel filio ante mortem donantis non transit ad patrem vel dominum. l. si filiofam. 23. ff. de mortis caus. donat. diuersum est in vsufructu, vt in d. l. fin. Cod. de vsufruct. cuius rei illa est ratio quia primo casu filius vel seruus est donatarius non pater vel dominus, l. cum filio ff. de leg. 1. finietur ergo donatio causa mortis, morte filij, quia donatio causa mortis ante mortem imperfecta est, & non acquisita, in vsufructu vero acquisitio statim perfecta est, & ideo non finitur morte filij: nec obstat l. fin. ff. de donatio caus. mortis, vbi si seruus manumittatur post mortem donantis ante apertas tabulas legatum dominus non consequitur, secus donationem causa mortis, ratio est quia si post mortem testatoris seruus cui relictū est legatū, ante apertas tabulas manumittitur, vtique fit manumissio antequā cedat legati dies, ex legibus caducarijs, & ideo dn̄o legatū nō acquiritur, sed manumissum sequitur, l. 5. §. vlt. ff quando dies legat cedat. At vero in donationi causa mortis, cedit dies à morte testatoris, non ab apertis tabulis, & in odio sis donationes causæ mortis non sunt instar legatorum, & ideo donationes domino acquiruntur eleganter Cuiat. ad Africanum tract. 2 ad l. si filius.

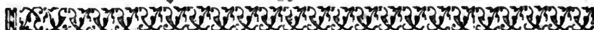
3 Ex quibus ad propositum inferendo, qui stipulatur, & qui concedit vsumfructum ad vitam suam concedentis sibi & hæredibus videtur stipulasse, & donantem sensisse quia non solum nobis sed hæredibus prouidemus, l. si pactum ff. de probatio. l. si necessarias §. penult. ff. de pignor. action. Gomes 2. tom. cap. 11. num. 12. Duen. reg. 177. fall. 1.

4 Nec obstabit quod cum concessio vsusfructus dirigatur ad personam donatarij, (tibi dum vixero) personale pactum resultat, quia respondetur, quod persona eo casu non restrictiuè apposita est, sed demonstratiuè, l. si seruus cōmunis ff. stipul. seruor. cui, & cuius hæredi vsusfructus concessus est, & sunt notanda in materia verba legis necessario. §. fin ff de pericul. & commod rei venditæ, vbi videtur quod hæc demonstratio solum recipienda est in venditione vel donatione commoditatis, non vero in ipso vsufructu, ibi, *Cum vsumfructum mihi vendis, interest vtrum ius vtendi, fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an vero in ipsam corpus, quod tuum sit, vsumfructum mihi vendas: nam priori casu etiamsi statim morieris nihil mihi hæres tuus debebit, hæredi autem meo debebitur, si tu viuis: posteriore casu hæredi meo nihil debebitur, hæres tuus debebit.*

5 Quibus verbis Paulus distinguit inter commoditatem, & vsumfructum vt hæc debeatur mihi, & meo hæredi, dum venditor viuit, ille me mortuo nequaquam debeatur meo hæredi, licet si ego super viuam donanti, illius hæres præstet dum viuo, & quidem non immerito quia simpliciter erat venditus vsusfructus ad vitam vsufructuarij quo mortuo obligatio euanescit, l. 3 Cod. de vsufructu, quia non est transferibile l. 4. ff. de nouatio secus tamen est in vsufructu ad vitam concedentis quia ex modo donandi intelligimus vsumfructum constituisse ad vitam hæredum duraturum donec ipse vixerit, præfixo vitæ termino, & vsufructui, vnde non dicemus vsumfructum transferri, sed à principio in persona donatarij, &

hæredis constitutum, nihil enim impedit vsumfructum pro parte diuisa, & indiuisa constitui, & pro tempore dummodo fiat ab initio. l vsusfructus ff. de vsufructu, conducunt quæ Barbosa in d. l. vsufructu num. 7. & seqq. ff. solut. matrimon. facit l. stipulatio ista habere §. si quis ita ff. de verbor. obliga. Mantica de tacitis 2. part. titul. 29. num. 52.

Ex quibus in senatu reuocauimus sententiam iudicis, & nouum vsumfructuum constitutum diximus in persona hæredis elicitum ex verbis quibus donator vsus est quibus mentem ipsius conijcimus. Scriba Ludouico Lopez.



SVMMARIA.

1  *Ordinatio libr. 1. titul. 78. §. 14. procedit in scripturis factis per tabellionem.*

Ex regimine gabellarum qui non soluunt gabellam puniuntur pœna dupli, tripli, & alijs non vero nullitate actus. ibi.

2 *Gabella debetur ex contractu per scripturam priuatam gesto.*

Pars quæ gabellam non soluit audiri non potest. ibi.

Lex Regia d. §. 14. contrahentes admisit contra contractum quia est casus magis dubius. ibi.

Soluere gabellam licet vsque ad tempus litis motæ. ibi.

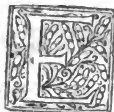
3 *E mens ab vxorato spreta vxore precium amittit.*

Precium regulariter non præsumitur versum in vtilitatem vxoris. ibi.

DECI-

DECISIO C.XXV.

De venditione facta à marito sine consensu uxoris per chyrographũ ex quo gabella soluta non fuit, à cuius principio 20. annorum tempus effluxit, ad Ord. lib. 4. tit. 48. & lib. 1. tit. 78. § 14.



E Manuel Rodriguez eiusque vxor agebant cõtra Antonium Iuzarte ex venditione à solo marito facta, sine vxoris consensu, cõtra formam legis Regiæ lib 4 titul. 48. agebant actores ex permissione eiusdẽ legis in §. 2. quæ vxorem admittit cum authoritate mariti, ad reuocandas similes alienationes, ibi, *auendo autoride do marido &c.* vltra defectum consensus vxoris arguebatur vẽditio quod celebrata fuerat in chyrographo, & non constabat gabellam solutam extitisse, Rei ad diuersas cõfugiebant defensiones. Primo quod in chyrographo solum continebatur quoddam pactum de vendendo nec deuentum esset ad venditionem, deinde quod gabella ex vẽditionib⁹ per chyrographa celebratas non erat soluenda, & quia insuper petebantur fructus à principio, se defendebãt quod prætium esset versum in vtilitatem vxoris cuius consensus ex 20. annorum cursu legitime probabatur, quoad primum constabat venditionem in chyrographo celebratam esse, & prætium rei solutum. Vnde licet promissio tantum de vendendo intercessisset nec ipsa valere posset, cum leges Regiæ vtrunque comprehendant ex Tiraq de retract. lignagi. titul. 2. ad fin. num. 30. Menoch cons. 1. num. 230. Dominus pater meus de extinctione cap. 1. num. 36 & cap. 16. nu. 84. & de emptione cap. 8. num. 5. & cap. 13. num. 13. Valasc cons. 77. & 83. num. 3. Vnde licet valeret talis venditio adhuc ex alio defectu corruebat, ex non soluta gabella ex Ord. Regia lib. 1. titul. 78. §. 14. nec obstabit, quod illa Ord non videtur habere locum in schedulis seu chyrographis particularium quia cũ sit pænalis, debet restringi, ad venditionem factam per tabellionem, in qua loquitur ibi, *será incorporada no contracto*, & ibi, *& o Taballião assi ò não comprir &c.* agit ergo de publicis instrumentis non de priuatis, maximo quia in regimine gabellarum qui non soluunt gabellam non puniuntur nullitate contractus, sed gabellã duplicatã soluunt, manet ergo hic casus in dispositione legis antiquæ, quod suadetur quia lex loquẽs de contractu per scripturam non debet extendi ad gestum per scripturam priuatam ex Bald. in l. 1. num. 5. C. de Iur. iur. propter calum. Auendan. responso 13. num. 3. Cabedus decis. 18. num. 4. faciunt quæ Lazarte c 18 num 69.

2 Quæ omnia licet vera sint tamen cum lege caueatur vt gabella ex contractibus venditionis soluatur, non est dubium deberi etiam ex contractu per priuatam scripturam, adeo vt si non soluta appareat, contractus nullitate laboret, cum ratio legis omnes casus comprehendat, vnde licet

talis contractus valeat, licet non inseratur gabellæ solutio, tamen iusta exceptione repelli potest, qui ex eo velit audiri, quod gabella soluta non sit sentit hoc idem Valascus allegat. 28. num.48. ibi, *sed sufficiet probare quod soluta sit &c.* Vnde conuincitur non bene loqutum alias doctissimum Barbosam in suis annotiatonibus ad illam legem dum sentit ex talli nullitate deffectus gabellæ, solos contrahentes eorumque hæredes audiri posse, quia lex Regia illud indulsit ipsis contrahentibus quia obstabat ne venire possent contra factum proprium, reliquis autem id non denegauit, sicque illa ordinatio intelligenda est. Puto tamen quod hoc casu licet emptori soluere gabellā ex talli contractu, vsque ad tempus litis motæ ex regimine gabellarum c. 4. §. 12. & in regimine gasæ Regiæ vulgo dalfandega, cap. 66. l. hoc edicto ff. de publican. l. edicto ff. de iur. fisci. Gomez l. 9. Tauri num. 31.

3 Quare in præsenti dubitari posset de amissione precij illius namque iacturam facit qui ab vxorato spreta vxore emit, Ord. lib 4 titul 48 § 6. ex his quæ Barbosa in l. 1. ff. sol. matr. 5. part num. 22. & sequentibus Gama decis 223. Valasc. vbi supra num. 11. & cons. 150 ad fin. quæ Ord. eo loci debet explicari per eandem in §. 4. vt per Valasc d cons 83. num. 6. Barbosa vbi supra num. 37. quia melior opinio est quod regulariter non præsumatur preтium versum in vxoris vtilitatem nisi probetur, Barbosa vbi supra num. 38. Vas vbi supra num. 7. pro quo est tex. in c. peruenit de emptione, & vendi. Nec cursus temporis supplebit deffectum consensus vt iam alibi diximus Barbosa in d. l. 2. §. fin. ff. sol. matr. à n. 30 Gama decis. 51. nu. 9. 144. 168. 270. sic sententiam cōfirmauimus fuit scriba Stephanus de Viana.

SVMMARIA.

1 *DElegatio extinguit primam obligationem.*

2 *Acceptatis literis cambij primus expeditor statim de obligatus est.*

3 *Literæ cambij seu collybicæ sunt puræ aliquando vt statim soluantur.*

Dillatio modica seu expectatio non nocet concedenti. ibi.

Nouatio non fit nisi expressa cōuentione de nouando, ibi.

Fallit in contractibus incompatibilibus, ibi.

Fallit deinde in delegatione. ibi.

4 *Primus expeditor literæ semper tenetur quousque secundus soluat.*

5 *Litera aliquando expeditur termino ad soluendum assignato.*

Accepta litera fit constitutum cōditionale. ibi.

Eo casu secura est antiqua actio si constituens non soluat. ibi.

6 *Protestatio literæ ad quæ fiat.*

7 *Si pars soluatur, & detur dillatio fit vera delegatio.*

Explicatur deciso Afflictis decis. 353. ibi.

DECI-

DECISIO C.XXVI.

De literis cambijs quæ de hoc regno ad aliud exportantur sub spe futuræ solutionis quæ tamen non fit.



1 SÆpe in processus incidimus, in quibus agitur de literis cambij ab hoc regno expeditis, quæ ab illis ad quos mittuntur, solutæ, & adimpletæ non apparent, ex quo coguntur partes expeditores literarum aggredi, & pecuniæ illis numeratæ functionem exposcere, quidã mercator huius almæ vrbis literam 600. mille numorum á se receptorum expediuit soluendam Matriti, quæ cũ ad manus respondentis vt grosso modo loquar deuenisset eam acceptauit, transacto tempore distulit soluere ad alia cõfugit quousque expediens protestatus fuit literam cambij ab eoque alteram literam collybicam acceptauit ad eundẽ expeditorem huius regni, in qua eadem summa soluenda continebatur, cum dominus literæ ad mercatorem accederet ipse dubitauit de statu mittentis, & acceptare recusauit, & paruo interiecto spatio constitit illum expeditorem decoxisse. Petit Actor suam pecuniam vel ex protestatione à se facta qua constabat sibi non solutam, vel ex noua litera ad ipsummet missa, Reus se non teneri vllo modo asserebat. Nec ex prima litera quam ipse expediuerat quia cũ constitisset fuisse acceptatam à suo respondẽte statim propria, & vera facta fuerit delegatio & prima obligatio omnino extincta hæc enim est natura delegationis, l delegare ff de nouatio quę aliquando est necessaria, aliquando voluntaria, & pluribus modis fit de quo consule Cuiati 3. tom. in libr. 8. Codic. sub titul. 41. de nouatio & obseruat. 19. c. 36. Pasiusin Cod sub titul. de nouat: fol. mihi 359. Barbosa in l si cũ dotem nu. 9 ff. sol. matri. Surdus cons 145. n. 3. & 269 n. 16. Mantica de tacitis lib. 17. tit. 7. nu. vlt. vnde quando literæ cambij acceptatæ sunt non datur antiqua actio contra expeditorem qui statim liberatus est, ex Bal in l. pro debito C. de bon. author. iudic. posid sequitur Ias. in l. admonendi n. 153 ff. de iur iur. Hypol. in rub. C. de proba. num. 307. Afflict decis. 353. Foller. in practica Marant. 6. p. actu 6. n. 49. Mascard conclus. 630. nu 9. & conclus 987. num. 8. etiamsi postea acceptans decoxerit Menoch. lib 5. præsump 3. nu. 111.

2 Deinde se defendebat Reus quod dominus literæ secundam ab eodem acceptatore extorserat, in quo videbatur agnoscere sibi iam solutã fuisse, primam literam, quia ab eodem secundam impetrauit, quam tamen ipse acceptare noluit quia res non erat in eodem statu, vrgebant namque vehementes præsumptiones, contra mittentem quod immineret decoxio, quę post ea facto comprobata fuit, qua de causa ipse nõ poterat literas ad se missas acceptare, & quod iam à prima obligatione esset liberatus ex Afflict. d. decis. 353. quare sola tabula supererat Actori contra acceptantem, & eius bona iudex prudentissimus Ludouicus Martins de Sequeira sententiam condemnatoriam protulit contra Reum;

quæ delata ad senatũ confirmatã extitit ex sequentibus fundamentis.

3 Quod in literis cambij plures casus considerari possunt qui inter se maxime differunt. Primus sit quando litera collybica pura mittitur vt in ictu oculi soluatur, vulgo, *á vista*, hoc casu caute aget qui dillationes non præstiterit debitori, ne possit illi imputari quod dillationes cõcesserit, sed adhuc puto quod cum illa solutio, etiãsi statim faciẽda sit debeat soluẽti semper modicũ tẽpus dari, vt cõmodè solui possit quod hæc modica dillatio non debet domino imputari, maxime quia etiamsi aliqua detur dillatio hæc non est sufficiens ad inducendam nouationem sine expressa conuentione de nouando. l. vlt. C. de noua. Surdus conf. 145. nu. 1. & 345. n. 33. & 198. nu. 28 & 269. nu. 15. Donelus in titul. C. de nouatio fol 709. quia nouatio non fit per pactum sine stipulatione, Barbosa vbi supra nu. 9. nec potest dici quod hoc fallit in contractibus incompatibilibus, in quibus ius antiquum non reperitur correctum, & statim fit nouatio propter impossibilitatem naturalem, vtriusque actus qui se non cõpatiuntur l. si quis ante ff. de acq. poss. Bal in d. l. fin. num. 1. Decius in l. pacta nouissima num. 2. C. de pact. & conf. 400 col penul. ad fin. Deinde fallit in delegatione in qua statim fit nouatio etiamsi non exprimatur, ex Alex. in l. qui vsumfructum ff. de verbor. oblig. nu. 6. Ias in l singularia num 37. & ibi Decius 26. ff si cert petat. Affict. vbi supra num. 4. Rebuff. 1. tom. ad leges gal titul. de liter. obligat art 1 gloss. 9. num. 21. Quia respondetur quod illa dillatio fit spe futuræ numerationis, & in fauorem primi, & vltimi debitoris, quibus illæ induciæ conceduntur, vt facilius soluant ergo ex illa simplici dillatione non intendit dominus primum liberare si secundus non soluat, nec potest induci delegatio quia nulla incompatibilitas hic consideratur nisi ex circunstantijs aliud colligatur, si dillatio sit nimis longa vel pro illa pecunia exigatur.

4 Vnde hoc casu secure resoluendum est primum mittentem literas teneri quousque secundus soluat, nec imputari potest domino quod statim non exequitur (quia nisi detur dolus vel crassa culpa) semper præsumendum est in parua dillatione non inesse moram culpabilem in exigendo, & succedit regula si literarum. C. de solutio.

5 Secundus est casus quando litera expeditur termino ad soluendum assignato, quem cõmissarius acceptauit, & tempore statuto non soluit, eo casu non fit delegatio ex acceptatione, vt multi putant per ea quæ supradixi, & ad summum fit constitutum, quo acceptans se soluturum pollicetur, & liberat principalem non simpliciter sed sub ea conditione si soluerit aliquin instauratur vetus actio. ex l. item illa §. vetus ff de constit pecun. l. vbi quis 28. ff eod. vbi habet quod interuentu nouæ personæ non fit nouatio, vnde ex tali constituto non poterit acceptans iam suo creditori qui literas misit soluere, & dominus incipit habere duos obligatos mittentem scilicet, & acceptantem, diuersimodè quia ab acceptante tenetur exigere intra tempus assignatum, & ipso volente soluere á primo non exigit, qui suæ promissioni satisfecit dando literas vt illo tempore soluerentur in ipsis expresso, & inter eos ita pactum innitum est, quare á placitis recedere non licet altero inuito l. 1. ff de pact. ibi, *in idem placitum &c.* vltra tempus tamen assignatum suscitare potest veterem actionem, & ad priorem reddire vt soluat non enim compellendus est litem mouere, vel peregrinari, quia secura est antiqua actio contra mittentem d. l. si literarum, Cod. de solutio, sicque

obseruat

obseruat stylus vt eo casu fiat protestatio, & ea sola procedatur executiuè contra ipsum, qui debet obseruari ex Rota Genuæ decis.2.num 37.& decis. 50. num. 1. Gama decis 238. in fine, Valasc.cons.177.num.8. Menoch cas. 269 num. 7. optima Ord. lib. 4. titul, 2.§.2.

6 Quæ protestatio ad duo fit primum vt pecunia tradita repeti possit quia ex protestatione constat dominum nō contraxisse moram in exigendo, & insuper vt cambia & recambia soluantur quæ debentur ex natura contractus, & addo quod etiam agi poterit ordinariè ad damnum emergens si forte detur Rota Genuæ decis. 1.num.42.& decis.57 num.2. quod nō videtur excludi etiamsi principale recipiatur, si fiat cum protestatione ex Bart.in l.fin.nu 4.ff. quod certo loco, Rota Genuæ decis. 87.&. 89. solent namque similes protestationes de iure Regio prodesse vt in Ord lib. 3.titul. 35.§.fin. & titul. 79.§.2 & tit.78.§.5.& §.7.& titul.91.in princ. & lib.4.titul. 51.§.2 & tit. 99 § fin.

7 Vnde si hoc casu acceptata litera, pars debiti soluta sit, & dominus acquieuerit confidens vt residuum soluatur, tunc fit vera delegatio, & primus debitor incæpit non teneri, adeo vt si soluens decoxerit ipsi imputandam nō sit sed domino qui partem accepit fit enim delegatio quia verum fit constitutum non conditionale, ex quo nouatio inducitur Barbosa in l.maritum nu. 41 ff sol. matri, Ex quibus venit explicandus Afflict. d decis.353. vbi nouatio inducitur ex suitatione data quia scilicet dominus literæ habēdo pro acceptata pecunia quitationem præstitit vnde si postea debitor decoxit ipsi imputandum est non primo cuius obligatio ipso iure soluta est, Cuiat.3 tom fol 202 lit F & 1114 lit. D.sic pariter explicandus est Bursatus cons.39 numer 5. vbi ponit duas literarū expediendarum formas & facit differentiam in illis verbis supra da me vel alio modo, quia non verbis debet esse lex posita, & semper omni casu non data vera delegatione, & nouatione debet domino pecuniæ solui quia in mercatorum cōtractibus bona fides exuberat,

Ex quibus in præsenti sententiam confirmauimus, vt domino pecuniæ solueretur; à primo qui non sine fraude segessit dando literas ad eum quem suspicabatur esse in statu decoxioni proximo, à quo ipse literas directas nō acceptauit, Surdus conf.23.num.31.& diximus supra decis.104. Scriba Ludouico Lopez.



SVMMARIA.

1 *Quando conductor alij locat vterque domino tenetur pro illatis.*

2 *Illata in vrbanis domino sunt hypothecata etiā ignorāte, in rusticis sciente.*

3 *Explicatur l.solutum §. solutam ff.de pignor.action.*

Illata à subconductore manebunt hypothecata pro parte sibi locata tantum.ibi,

DECISIO C.XXVII.

An qui conduxit partem domus à conductore teneatur pro integra pensione domino, ad Ordinat. lib.4. titul.23. §.fin.

1 IOannes Lemecier domos suas locauerat P. à quo Reus Hieronymus Gozens quasdam inferiores domos conduxit, principalis conductor habitauit superiores,& partem pensionis domino nõ exoluerat,qui Reum pulsauit qui habitabat inferiora, vt integram mercedem solueret ex Ordin. libr.4.titul.23. §.fin. ibi, *podera requerer o que achar na casa, ou que nella tiuer algũa cousa, que lhe pague o aluguer, & não querendo pagar podeo por isso mandar prender &c.* Reus se defendebat quod solum tenebatur pro parte conducta, à primo conductore, qui eo casu procurator domini censetur ex his quæ Bart. in l.3.§.si ego ff. de noui.oper. Auendan.de exequend. mand.c.12.num.15. Iudex Reum condemnauit forsan eo fundamento quia vterque conductor domino obligatur, cum à se illatis, ex Rebuff.1.tom. de liter.obligator art. 4. Glos. 2. num 13. facit l si in lege §.1.ff.locati.quia illata à quocumque, domino obligata manent pro mercede,l. itẽ quia in princ. ff.de pact l.certi iuris C. locati §.item seruiana instit.de actio l 5.titul.8 part. 5.Menoch de arbitrar.casu 441. Cald. Pereira de emptione cap 33. num. 70. Valasc.de iur.emphy. quæst 20 nu.17. Gratianus cap.68. Mantica de tacitis lib.1.titul 5.nu.9.

2 Verum placuit senatui sententiam reuocandã, ex sequentibus quod licet verum sit illata in prædijs vrbanis esse domino pro mercede hypothecata tacite, etsi nihil nominatim de eo actum sit.l.4.ff.de pact.l 3.l.licet ff in quibus caus pignus tacite contrah l. solutum §.solutam ff.de pigno. action l.vlt. C. in quibus caus.pignus, d. l certi iuris: quod tamen aliter se habet in prædijs rusticis,quia vt hypotheca contrahatur requiritur vt ita conueniant vt inuecta atque illata pignori sint, l.eo iure ff in quibus caus. pignus. l si non inducta.C.eod titul §. interdictũ quoque instit. de interdict. non tamen requiritur expressa conuentio, quia ita conuenisse videbitur si dominus sciuerit illata d.l.certi iuris: huius autem differentiæ quæ sit ratio non satis traditur, hæc modo placet ne colonus duplici hypotheca grauetur, illatorum sicut inquilinus, & fructuum in quibus etiam tacita hypotheca inest pro pensione domino debita quam rationem probat l.ex eo iure ff in quibus caus. pignus, prosequitur Cuiac. in §. item seruiana.1.to. fol.mihi 227.

3 Supposito igitur quod in rebus illatis in prædio vrbano contrahitur tacita hypotheca quæstio est an si cõductor, rei partem re locauit alteri conductori an illius bona illata in parte separata posint capi pro integra mercede quæstionem videtur dirimere l solutũ §.solutam ff de pigno. actione,iunctis his quæ Caldas Pereira de

de emptione cap.33. á numer. 94. vbi explicat d.§.solutam,& ex mente Fortunij in l.item quia nu.20. ff. de pact. explicat teneri eum qui subconduxit pro sua parte tantum non vero pro integra pensione, secundum quæ debet explicari lex Regia d. §.fin. Illud tamen notandum est quod inuecta & illata á subconductore,tenebuntur domino pro ea parte pensionis quæ respondeat primæ locationis, quia hæc secunda locatio non potuit deteriorem domini conditionem efficere,licet inter contrahentes ipsorum pactũ seruandum sit explicat idem Caldas Pereira nu.94.in fine.

Quibus fundamentis licet aliter visum sit sapientissimis senatoribus quibus placuit pro integra pensiono subconductorem teneri vt in priuatis scriptis videtur sentire insignis Præceptor Rodericus Lopez da Veiga primarius & emeritus professor in Academia Conimbricensi, tamen iudicauimus pro inferioribus tantum domibus hypothecam cõtractam esse, respectu mercedis primæ conductionis. Scriba Michaele Coucero.

SVMMARIA.



Vs renouationis hodie legabile est.

Æquitas circa emphyteuses concedendas renouandas, & legandas multa contra iuris rigorem induxit.ibi.

2 *Olim denegabatur renouatio nisi adessent meliorationes.hodie sufficit non dari deteriorationes.*

Clausula non renouandi valebat hodie non valet. ibi.

3 *Paulatim introductum est legari posse emphyteusim.*

4 *Legari debet sub clausulis tituli extincti,& non aliter.*

5 *Pro renouatione solum competit iudicis officium.*

Pro re legata competit personalis rei vindicatio & hypothecaria.ibi.

DE-

DECISIO C.XXVIII.

An ius renouationis sit hodie legabile vni ex filijs vel alij secundum formam inuestituræ capaci, ad Ordin. lib. 4. titul. 36.

1. INter Franciscum Mendez & Damianum Teixeira orta fuit quæstio super emphyteusis renouatione legata, & contigit quod P. vltima vita in quadã emphyteusi, matrem nominauit in iure renouationis ipsius, mater occupauit emphyteusim, & domino pensiones soluit dum vixit, & tandem cum ab humanis discederet, idem ius alteri filiæ legauit, mortua matre filius dominum adijt à quo inuestituram accepit, & possessionem insimul emphyteusis, filia nominata fratrem pulsabat vt sibi emphyteusim dimitteret quia à matre sibi legatum erat ius renouationis, frater replicabat matrem non petijsse renouationem intra annum prout requirit D. pater meus de renouat. quæst. 5. num. 11. Valasc. cons. 101. num. 3. deinde quod ipse habebat inuestituram à domino contra quẽ sola competit personalis actio, ex his quæ idem Caldas Pereira de renoua. q. 7. à n. 25. & q. 9. n. 5. Valasc. cons. 129. n. 3 & 172 nu. 2. Iudex sententiam protulit in fauorem Actricis quam nos confirmandam duximus ex sequentibus. Primo quod æquitas quæ renouationes admisit in emphyteuticis contractibus cuius fuit Author Bart. in l. 1. §. permittitur ff. de aqua quotidian. & æstiua, paulatim & quadã tacita alluuione ita excreuit, vt in pluribus casibus á rigore iuris scripti ex scripta æquitate recedendum suadeat, inde effluxit quod finita generatione dominus renouet Valasc. q. 1. n. 20. & q. 2. n. 7. & q. 38. n. 17. & cons. 101 & 157 n. 1. Gama decis. 41. nu. 117. & 326. idem Caldas Pereira de reno. quæst. 8. licet à principio renouationis beneficium solo iudicis officio innitatur, idem de reno. q. 5. n. 6. & q. 7. n. 28 & q. 17. n. 25. & quia domini abutentes potestate dominica finitis generationibus spoliabant successores seque in possessionem emphyteusis ingerebãt, & miseri agricolæ lugebant sua noualia iniustè possideri, vt considerat l. fin. Cod. de alluuio, inde æquitas induxit vt successor non teneatur rem domino dimittere quin imò insistere possit, & resistere domino ingredienti, vt pungit Valas. cons. 157. vers. septimo, quia rem ad se reuersam domini non ita facile concedunt vt in cap. cum super de rebus eccles. vnde illa antiqua traditio quod finitis vitis emphyteusis, cessauit etiam possessio, de qua idem Caldas Pereira de reno. q. 10. n. 3 & q. 18. n. 18. Affli decis. 392. nu. 18. per l. locorũ C. omni agro desert. lib. 11. hodie obmutuit quia pro renouatione assequenda res retineri potest, Gama dec. 333. n. vlt. etiam si nõ detur hypotheca eiusdẽ rei pro renouatione vt senserat idẽ D. Gald. Pereira de reno. q. 12 n. 16.

2 Sic videmus olim renouationem denegari potuisse nisi adessent meliorament quod hodie exulat, & dummodo non dentur de reserua-

securationes renouationi est locus, Garcia de expensis cap.15.n.18 & ante eum Decius cons.131. & etiamsi apposita sit clausula quod non renouabitur Valasc cons.123.nu.vlt. quia censetur cōtra bonos mores, Caldas Pereira de reno q.11.nu 21 & licet dominus retinere velit, hodie non possit nisi data vrgenti,& inopinata necessitate idem D.Caldas Pereira forensium cons.46. n.4.Gama dec 41.Cabed dec 203.n.7.

3 Sic pariter paulatim moribus receptum fuit vt emphyteusis legari posset quasi ius illud inter bona defuncti reperiatur, tempore mortis ipsius,quia licet grauissimi patres autumant illud ius non esse cessibile, nec legabile, vt per D. Caldas Pereira de renouat q 18 n.21 & q.19 n.10 & q.17. nu.8. tamen iam contrarium placuit Ias in l quod in rerum §.1 num.8 ff.de legat.1 & in l.2.C.de iure emph n.209. Afflict.in cap.domi.guerram §.his cōsequenter n.5.Gomes 1.tom.c.12.n.15. Rotæ Bononiens. 89. Gama decis. 41. nu.3 ibi *quia liberum fuit patri &c.* Sicut aliàs ius prælationis dicit cessibile Tiraq de retract. ligna.§.16 glo.1.n.43. Valas cons.157.n.10 Idem Dñs Caldas Pereira de potestate 3.p.c.14.nu.44.& de reno q.9.n.28.Surdus decis.93. late Molin. Theolog.disp.478.

4 Quæ tamen æquitas ita accipienda est quod regulari debeat finita concessione,sub omnibus clausulis inuestituræ, quia ad hunc effectū adhuc censetur durare, vt non alij legetur renouationis ius,nisi illi personæ quæ ex forma inuestituræ nominandus erat,si duraret concessio,arg.l.locationis, l.item quæritur § qui impleto ff. locati : vnde si legetur illi proximiori cui alias competebat ius renouationis petendæ,nihil impedit huiusmodi cessionem valere , dummodo renouatio intra annū petatur l.1.C.qui admitti, Caldas Pereira de reno q.6.n.18. quia sicut renouatio fit sub iisdem clausulis, sic legatū iuris renouationis petendæ, sub eadem forma antiquæ inuestituræ debet concipi, argum. eorum quæ idē D.de reno.q 9.nu.13.qui tamen annus petendæ renouationis ad 30. protenditur si renouatio fiat extraneo, idem D.q.7.nu.34. Gama decis. 117. nu.12. Tiraq de retract. tit.1. § 1 gloss.10.n.9. Valas cōs.101.n.3.& 123 n 5.&172.n.17.

5 Nec obstabit quod pro renouatione solū cōpetit iudicis officium vt supra diximus, quia satisfit quod vbi primū æquitate suggerente receptum est hoc ius esse legabile,sic cōpetit cōtra dominū officium iudicis ad renouationem obtinendū,& insimul personalis actio si tertio inuestituram faciat, sicut etiā hodie legato iure renouationis,legatarius potest á tertio reuendicare rem legatā ex ratione l.1.C.commun de legat. vbi primū enim cæpit posse legari , & cæpit competere reuindicatio , & hypothecaria pro iure & re legata.

Ex quibus dixim⁹ in hoc casu legatario cōpetere rei vindicationē pro emphyteusi sibi relicta,nec ipsi posse imputari quod mater defūcta renouationē intra annū nō petierit quia annus nō currit illi à quo dominus pēsiones recipit, idem D.Caldas Pereira d.q.5. n.30. Valas.cons.102.n.3 & ideo potuit ius renouandi legare quasi intra annū c.1. §.Titius si de fæud fuer.cōtrouer. Caldas vbi supra n.11. quidquid alter sentiat Ripa in l.1.ff de priuil.creditor. n.11 quod sine dubio procedit quia in renouatione facta Reo erat apposita clausula quod sortiretur effectum sine præiudicio cæterorū quæ clausula ostēdit dominū nō intendisse præiudicare actrici ponderat Cabed decis 120.n.9. Maxime quia in processu fuerat citatus vnà dominus & Reus vt causam defenderet cōtra quos insimul sentētia proferri potest, vt Reus dimittat declarata nullitate tituli possessoris: fuit scriba Stephanus de Crasto.

SVM-



SVMMARIA.

1 *Vltimus possessor si transferri possessionem maioratus in aliquem an proximiori aperiatur actio ad agendum in vita ipsius.*
Argumenta quæ suadeant proximiori agere non licere in vita alienantis.ibi.
Ius filij vagum est, propter incertitudinem vitæ ac necis.ibi.
Articuli continentes materiam futuri euentus repellendi sunt.ibi.

2 *Si detur legitima causa recte agit proximior in vita possessoris.*
Qui sibi successorem eligit debet pati vt de ei succedendo agatur. ibi.

3 *Introuersio possessoris sufficiens causa est de præsenti.*
Quæ damna nascantur proximiori si alter inuestitur.ibi.

4 *Cum durior sit causa litigantis statim potest agere qui alienat multi tenent quod priuari debet maioratu.*

DECISIO. XXIX.

An in vita vltimi possessoris possit agitari quæstio inter patruum & nepotem, vt declaretur quis eorum debet succedere auo, & quando liceat, ad Ordin. lib.4.titul.100.

Controuertebatur an posset in vita possessoris decidi quæstio successionis in maioratu inter patruum & nepotem ex filio seniori inter Donam Mariam de Mansellos, contra D Gomez de Mello Reum in quem pater vltimus possessor maioratus (ex cuius institutionis forma senior filius vocabatur) transtulerat per donationem inter viuos, maioratum, fructus, & omne ius quod in eo donanti competebat, eumque post se declarauit illius successorem: tūc dicta D Maria nomine filij & nepotis litē instituit petens vt ipse declaretur legitimus aui successor eo quod filij senioris filius quem repræsentabat, ex Ordin. libr 4 titul.100. & deinceps vt pronuntiaretur auum amisisse commoditatem in vita sua, quod maioratum in filium alienauerit, iudex sententiam protulit in fauorem filij intelli-

intelligens quod ex eo quod vocabatur filius senior cessabat repræsentatio, de cuius viribus cum in senatu ageretur variè á prudentissimis senatoribus iudicatum extitit ibi namque visum fuit Actorem sine actione experiri, & sententiam confirmandã alteri senatori Iurisconsultissimo, quod licet sine actione ageret, tamen aui donatio reuocari debuisset, & annullari quia in vita sua non poterat successorem eligere, & inter multa quæ in processu discutiebantur illud proponebatur: an nepos posset deducere in iudicium ius successionis de futuro: deinde an liceat in vita litigare super succedendi iure quando auus sibi successorem eligit: tertium an eo quod elegerit sit priuandus in vita sua, fructibus fideicõmissi translata possessione in eum cui successio adiudicatur, & quoad primum vltra Abbatem in c. in nostra de sepultur. nu 6. Angel. in §. præiudiciales instit. de actio. Couar. lib 1 varia. cap. 18. à nu 8. Spino in specul. testam. gloss. 19. in prin n 66 Pelaes de maior. 2 part in innitio. ex n 64 & alios quos citat Cened 2 p collectan 10 neruosè agenti nepoti viam præcludunt Pinel. in l. 1. C. de bon. mater. 3 part. num 78. Mench. de successio. creat §. 26 n. 129. Gom. l. 40. Tauri à n 79. Padil. in l 1. C. de fidei nu. 31. Molin. de primog. lib 3. cap fin à nu 10. Valasc. consl. 184. Gama decis. 202. n. 3. D. pater meus quęstionũ forensium q. 23. n. 103. Barbosa in l. non potest ff. de iudic. n. 17. eo fundamento quia cũ primogenium debeatur proximiori tempore mortis, l. cum ita §. in fideicommisso ff. de legat. 2. potest actor decedere ante aduentum conditionis. & sic iudicium fũdaretur super iure de futuro incerto contra reg l. nõ quemadmodum. ff. de iudic. l. dies incertus. ff. de condit & demonst. l. hæres meus eod titul. quæ iura nõ patiuntur iudicia posse fieri delusoria, ex qua ratione iudex sine actione agentẽ iudicio repellit ex officio Glos recepta in l si vnus § pactus ff de pact & in l vbi pactum C de transactio. Ius enim hoc est omnino conditionale ex ratione l. 1 §. si impuberi ff. de collat bonorum, quia solum iudicis officio peti potest vt declaretur ius quod de præsenti competit, Bart in l. si finita §. eleganter num. 6. ff de damno infect Alex. consl. 95 num. 3 lib 1. Barbosa in d l. non potest videri num. 18. in fine, Gomez d. num. 79. vers. primo, & pro hac parte in nostro senatu iudicatum dicit Gom. vbi sup. vagũ enim ius est filij propter incertitudinem vitæ ac necis tam parentis quam propriæ. pro qua opinione eleganter facit l. pecuniam 36. ff si cert. petat ibi, pendente autem conditione petere non possum, quoniam cum incertum sit an ex ea stipulatione deberi possit ante tempus petere videor l. non solum §. fin ff de liber legat doctores in § plus instit. de actio. vbi Ias num. 3. Exea de pactis nu. 436. Ripa in l ita stipulatus ff. de verbor obligat num. 88. Alex d consl. 95. d. num. 3, qua ratione articuli continentes materiam futuri euentus reijciuntur, Rota noua 170 facit l litigatores §. fin. ff de arbitris ibi, *ne sit inefficax sententia deficiente conditione*, l. 1. §. 1. ff de vsur. ibi, *quid enim pertinet ad officium iudicis futuri temporis tractus*, l si ita scriptum § 1. ff. de legat. 2. ibi, *nec pertinet ad nos antequam dies veniat*. l qui superstitis ff. de acq hęred vbi de hereditate non agitur in vita possessoris Tiraq de primo. quæst. 99 & fin num. 3. ponderat Pinel. ibi, l. Imperator ad Trebel ab speciali vbi solum filio permittitur ob malos patris mores in dissipãdo in vita ipsius agere pro fideicõmisso, non ergo debet extẽdi ad casus nõ expressos illa facultas cũ exorbitet à iuris regulis, quibus fũdamẽtis in hac parte hæc opinio secure videtur tenenda.

2 In secundo articulo maior est dubitatio

dubitatio an patre volente post se declarare successorem in eumque transmittere successionis ius an liceat legitimo successori statim experiri,& petere se declarari successorem legitimũ post mortẽ possessoris,& videtur posse, plura fundamenta scribit Molin. vbi sup.à princ.& illud cæteris mihi videtur efficacius,quia dũ possessor maioratus,modũ succedendi peruertit successoremq; post se declarat,& hũc vel illũ tanquã successorẽ in possessionẽ immittit maiorat⁹,vt cæteris præferatur, oporet vt patiatur in vita sua agi de eius successione, vt eius iniquum arbitriũ iudicis officio reformari possit, nec enim ipsi fit iniuria quod iudex decidat dubiũ quod ipse induens iudicis personã declarare voluit, nec agenti obstat quod deducit ad iudiciũ ius de futuro cõpetens,contra superius resoluta quia supposita introuersione possessoris iam de præsenti ius illud cõpetit, & sufficit causam existere in qua iudiciũ subsistat, ad ius futurum, de quo est tex.notabilis in c. cũ super de concession præbend.vbi canonicus admittitur ad litigandũ vt declaretur ad ipsum pertinere præbendã proximo vacaturam,quia illa quæ proximo vacauerat alteri collata est,cum tamẽ posit contingere vt ipse non viuat tempore vacaturæ quæ speratur, sufficit namque ius partis læsum de præsenti vt occurri posit,põderat Cened. vbi supra nu.3. & ideo hanc partem vt veriorem amplectuntur Gregor. in l. 2.tit 2 part.3. gloss.1. Peres in l.1.tit.8. lib.3. ordina. vers infertur tertio,Cou. vbi supra nu.8. Pelaes lib.2.q.1 nu.63. eleganter Soares allegat.4. quẽ omnes sequuntur Valasc.d.consl.184.nu.10. & fuit Bart. in l si finita § eleganter ff. de damno infect. vbi Alex n.13.

3 Cui resolutioni non obstat vltra ea quæ supra ponderauimus quod æque bene nepos post mortem aui de successionis iure agere poterit, nõ est ergo causa vt admittatur in vita ipsius, quia respondetur quod illa possessoris introuersio sufficiens est causa de præsenti cũ maioratus nõ ab eo deferatur sed á primo, & ex ipsius dispositione, ex qua de præsenti ius cõpetit,ne modus datus succedendi perturbetur, & ideo in maioratibus statim in vita paparentum ius acquisitũ dicitur Paul. cons 164.vol.2. Decius cons 468 nu. 28.& 498.num.19. & eo fundamento filio seniori perpetua indulgetur repræsentatio Ord. lib.4 tit.100. Abb. in in c.licet de voto n 8. vers.sed dubiũ est, Deci cons 397.nu 9. & filius regis potest dici Rex in vita ipsius, Tiraq: de primog q.33. & ex ea ratione dissipata à patre in vita eius vindicat,d l. Imperatõr,etsi filius cogeretur vel nepos mortem patris vel aui expectare, sumopere læderetur Primo quia cum in hoc regno non habeamus legẽ quæ in sequentes possessionẽ transferat,vt est in Regno Castellæ l.48.Taur.& in Francia Rebuff 3 tom.ad leges Gal.tit. de materijs poss. glos.vni art.9. priuatur nepos potentia accipiendi possessionẽ bonorũ maioratus,si aui translatio valida sit: deinde efficitur semper Actor cum tamen posset esse Reus, & amittit priuilegiũ Rei vt in suo foro pulsetur,& nõ cogatur alterius partis forũ,& iudicẽ subire deinde ꝙ in casu dubio Reo est fauendũ reg cũ sunt de reg.iur.lib.6.& diximus supra dec.116. in maioratus successione quia casus erat dubius pro Reo iudicandũ,tandẽ potentiorẽ reddit aduersariũ eum cõstituendo fructuũ possessorẽ,quæ omnia iustã litigandi causã præstãt,arg.l. fin.C.in quibus causis, maxime cũ in d.l.Imperator pro simplici rei fideicõmissi alienatione actio permissa sit,facit l.cum pater § libertis ff de legat.2. l peto §.fin.cod.titul. Paulus in l.fin §. fin.C.cõmun delegat. Soar. d allegat. 4. vers. præterea, Molin. lib. 3. cap.6. nu.15. & libr.4. cap.fin. num. 52. facit deinde

deinde l.si delatum 41. ff. ad l. Aquil. vbi rupto chyrographo in quo sub cōditione debitum continebatur statim agi potest, Valasc. vbi supra numer. 10. quidquid respondeat Pinel. vbi supra nu. 78. quæ omnia procedunt quando in futurum durior causa speratur, sicut creditor potest debitorem vrgere, vt debiti cōditionalis instrumentum conficiat, dominus seruo manumisso cogitur libertatis instrumentum præstare, l. si cum datam. Codid. de liber. caus. vt per Doctores in cap. significauit de testib l. si plures §. apochis C. de fid. instrum. quod maxime procedit in fideicommissario cuius maior firmior, & stabilior spes est circa successionem fideicommissi, quod etiam renunciare potest quia iam quæsitum ius est, Cabed decis. 96. multa adducit Alciatus d.l. conditiones. ff. de verbor. signi. Ripa in l. qui Romæ §. duo fratres ff. de verbor. Bald. in l. spem C. de donatio. pro qua statim agit potest data causa, quo casu limitatur reg d.l. non quemadmodum, Valasc. cons 135. num 13.

4 In tertia quæstione non desunt qui dicant dominium data possessoris alienatione in sequentem transire, & à possessore exire ex Paulo in l. qui absenti §. 1. ff. acq poss. Paris. cons. 69. & 143. lib. 3. Roland. cons. 53. nu. 13. libr. 1. Ias. cons. 211. lib. 2. Socin cons. 78. nu. 6. lib. 1. Menoch. cons. 325. nu. 70. & seqq. sed nimis est rigurosum. Ex quibus in præsenti cum dicta non displicerent D. Emanuele Coutinho de Castellobranco Senatori sapientissimo, & D. Emanueli Aluarez de Carualho viro eximiæ eruditionis sententiam reuocauimus declarato nepote legitimo successore Aui, quia repræsentatio non erat exclusa. Scriba Ludouico Lopez.

Laus Deo optimo, & maximo, & Deiparæ Virgini Mariæ in quorum laudem & gloriam quæ diximus scripta esse volumus, & omnia censuræ, & correctioni Sanctæ Matris ecclesiæ submittimus.



INDEX



INDEX RERVM MEMORABILIVM

quæ in hoc volumine continentur, primus numerus decisionem secundus decisionis partem notat.

Ddd Actio

Aqua

Collatio

E.

F.

Fide-

Hypo-

I.

Interpr.

Inte-

L.

M.

Maioratus

 tertij

N.

O.

Obligatio

P.

Prin-

Q.

R.

S.

Scriptura

T.

Testandi

V.

F I N I S.




IHS